

Dr. Lukman Hakim, S.H., M.H.



ASAS-ASAS HUKUM PIDANA

Buku Ajar Bagi Mahasiswa

Dr. Lukman Hakim, S.H., M.H.



Lahir di Jakarta, 19 Juni 1976. Merupakan alumni Fakultas Hukum Universitas Muhammadiyah Jakarta dengan predikat lulusan terbaik ke-2 (1998). Kemudian melanjutkan S-2 di Fakultasn Hukum Universitas Indonesia (2002) dan S-3 di Fakkultas Hukum Trisakti (2019), keduanya dengan predikat *cum laude*.

Selain sebagai dosen tetap di Fakultas Hukum Universitas Bhayangkara Jakarta sejak 2011, penulis juga berprofesi sebagai advokat dan konsultan HaKI di Hakim & Partners dan Muhajir Sodruddin & Partners sejak 2002.

Penulis juga aktif sebagai pembicara dalam berbagai diskusi publik dan seminar tentang hukum pidana dan hukum ekonomi, serta seringkali diminta untuk memberikan keterangan sebagai ahli, baik dalam tingkat penyidikan maupun dalam proses pemeriksaan perkara di pengadilan.

Suami dari dr. Hj. Septy Zahrawi Kirana dan ayah dari Zahra Nafika Hakim, Ghifari Khalifa Hakim dan Muhammad Haidar Hakim merupakan mantan Ketua Senat Mahasiswa Fakultas Hukum Universitas Muhammadiyah Jakarta dan Wakil Dekan 1 Fakultas Hukum Universitas Bhayangkara Jakarta ini juga aktif di beberapa organisasi, antara lain Wakil Ketua Umum IKALUM (Ikatan Alumni Fakultas Hukum) Fakultas Hukum Universitas Muhammadiyah Jakarta, Peradi (Perhimpunan Advokat Indonesia), AKHKI (Asosiasi Kekayaan Hak Intelektual Indonesia) dan Kabid Keorganisasian di Mahupiki (Masyarakat Hukum Pidana dan Kriminologi Indonesia) DKI Jakarta.

HASAS-ASAS HUKUM PIDANA



Penerbit Deepublish (CV BUDI UTAMA)
Jl. Rajawali, Gang Elang 6 No.3, Drono, Sardonoharjo, Ngaglik, Sleman
Jl. Kaliurang Km 9,3 Yogyakarta 55581
Telp/Fax : (0274) 4533427
Anggota IKAPI (076/DIY/2012)
cs@deepublish.co.id @penerbitbuku_deepublish
Penerbit Deepublish www.penerbitbukudeepublish.com

Kategori : Hukum Pidana

ISBN 978-623-02-0555-2



9 786230 205552

ASAS-ASAS HUKUM PIDANA BUKU AJAR BAGI MAHASISWA

Lukman Hakim

Desain Cover :
Ali Hasan Zein

Sumber :
<https://pixabay.com>

Tata Letak :
Amira Dzatin Nabila

Proofreader :
Avinda Yuda Wati

Ukuran :
x, 120 hlm, Uk: 20x29 cm

ISBN :
978-623-02-0555-2

Cetakan Pertama :
Januari 2020

Hak Cipta 2020, Pada Penulis

Isi diluar tanggung jawab percetakan

Copyright © 2020 by Deepublish Publisher
All Right Reserved

Hak cipta dilindungi undang-undang
Dilarang keras menerjemahkan, memfotokopi, atau
memperbanyak sebagian atau seluruh isi buku ini
tanpa izin tertulis dari Penerbit.

PENERBIT DEEPUBLISH
(Grup Penerbitan CV BUDI UTAMA)
Anggota IKAPI (076/DIY/2012)

Jl.Rajawali, G. Elang 6, No 3, Drono, Sardonoarjo, Ngaglik, Sleman
Jl.Kaliurang Km.9,3 – Yogyakarta 55581
Telp/Faks: (0274) 4533427
Website: www.deepublish.co.id
www.penerbitdeepublish.com
E-mail: cs@deepublish.co.id

ASAS-ASAS HUKUM PIDANA

Buku Ajar bagi Mahasiswa

UU No 28 tahun 2014 tentang Hak Cipta

Fungsi dan sifat hak cipta Pasal 4

Hak Cipta sebagaimana dimaksud dalam Pasal 3 huruf a merupakan hak eksklusif yang terdiri atas hak moral dan hak ekonomi.

Pembatasan Pelindungan Pasal 26

Ketentuan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 23, Pasal 24, dan Pasal 25 tidak berlaku terhadap:

- i. penggunaan kutipan singkat Ciptaan dan/atau produk Hak Terkait untuk pelaporan peristiwa aktual yang ditujukan hanya untuk keperluan penyediaan informasi aktual;
- ii. Penggandaan Ciptaan dan/atau produk Hak Terkait hanya untuk kepentingan penelitian ilmu pengetahuan;
- iii. Penggandaan Ciptaan dan/atau produk Hak Terkait hanya untuk keperluan pengajaran, kecuali pertunjukan dan Fonogram yang telah dilakukan Pengumuman sebagai bahan ajar; dan
- iv. penggunaan untuk kepentingan pendidikan dan pengembangan ilmu pengetahuan yang memungkinkan suatu Ciptaan dan/atau produk Hak Terkait dapat digunakan tanpa izin Pelaku Pertunjukan, Produser Fonogram, atau Lembaga Penyiaran.

Sanksi Pelanggaran Pasal 113

1. Setiap Orang yang dengan tanpa hak melakukan pelanggaran hak ekonomi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 9 ayat (1) huruf i untuk Penggunaan Secara Komersial dipidana dengan pidana penjara paling lama 1 (satu) tahun dan/atau pidana denda paling banyak Rp100.000.000 (seratus juta rupiah).
2. Setiap Orang yang dengan tanpa hak dan/atau tanpa izin Pencipta atau pemegang Hak Cipta melakukan pelanggaran hak ekonomi Pencipta sebagaimana dimaksud dalam Pasal 9 ayat (1) huruf c, huruf d, huruf f, dan/atau huruf h untuk Penggunaan Secara Komersial dipidana dengan pidana penjara paling lama 3 (tiga) tahun dan/atau pidana denda paling banyak Rp500.000.000,00 (lima ratus juta rupiah).

Dr. Lukman Hakim, S.H., M.H.

ASAS-ASAS HUKUM PIDANA

Buku Ajar bagi Mahasiswa



ASAS-ASAS HUKUM PIDANA BUKU AJAR BAGI MAHASISWA

Lukman Hakim

Desain Cover :
Ali Hasan Zein

Sumber :
<https://pixabay.com>

Tata Letak :
Amira Dzatin Nabila

Proofreader :
Avinda Yuda Wati

Ukuran :
x, 120 hlm, Uk: 20x29 cm

ISBN :
No ISBN

Cetakan Pertama :
Bulan 2019

Hak Cipta 2019, Pada Penulis

Isi diluar tanggung jawab percetakan

Copyright © 2019 by Deepublish Publisher
All Right Reserved

Hak cipta dilindungi undang-undang
Dilarang keras menerjemahkan, memfotokopi, atau
memperbanyak sebagian atau seluruh isi buku ini
tanpa izin tertulis dari Penerbit.

PENERBIT DEEPUBLISH
(Grup Penerbitan CV BUDI UTAMA)
Anggota IKAPI (076/DIY/2012)

Jl.Rajawali, G. Elang 6, No 3, Drono, Sardonoarjo, Ngaglik, Sleman
Jl.Kaliurang Km.9,3 – Yogyakarta 55581
Telp/Faks: (0274) 4533427
Website: www.deepublish.co.id
www.penerbitdeepublish.com
E-mail: cs@deepublish.co.id

KATA PENGANTAR

Puji dan syukur yang teramat dalam, penulis panjatkan kepada Allah yang Maha Pengasih dan Maha Penyayang, yang telah melimpahkan karunia, rahmat, nikmat dan keluasan ilmu-Nya, sehingga pada akhirnya penulis dapat menyelesaikan buku ajar yang berjudul *ASAS-ASAS HUKUM PIDANA*. Buku ini merupakan hasil pemikiran para ahli hukum pidana serta didasarkan juga pada pengalaman penulis sebagai Dosen Tetap sejak tahun 2011 di Fakultas Hukum Universitas Bhayangkara Jakarta Raya dengan mata kuliah yang diampu: Asas-asas Hukum Pidana, selain juga penulis menjadi dosen untuk mata kuliah lain, seperti Hukum Acara Pidana, Pidana dan Pemidanaan, Tindak Pidana Korupsi, dan Hapusnya Hak Menuntut. Diharapkan buku ini bermanfaat khususnya bagi para mahasiswa fakultas hukum, serta umumnya bagi para pembaca yang meminati Ilmu Hukum Pidana.

Buku ini terdiri dari 8 (delapan) bab, berisi sebagai berikut: Bab I tentang Hukum Pidana dan Tindak Pidana, Bab II tentang Asas-asas dalam Hukum Pidana, Bab III tentang Kesalahan, Pertanggungjawaban Pidana dan Sifat Melawan Hukum, Bab IV tentang Percobaan (*Poging*), Bab V tentang Penyertaan (*Deelneming*), Bab VI tentang Pembantuan (*Medeplechtige*), Bab VII tentang Perbarengan Tindak Pidana (*Concursus/Samenloop*), dan Bab VIII tentang Pengulangan Tindak Pidana (*Recidive*). Pembahasan mengenai Hapusnya Hak Menuntut dan Peniadaan Pidana yang dapat dimasukkan sebagai bagian materi bahasan mata kuliah Asas-asas Hukum Pidana, sengaja tidak dimasukkan penulis dalam buku ini dikarenakan pembahasan mengenai masalah ini akan dibahas penulis dalam buku tersendiri.

Dalam buku ini, penulis juga dalam beberapa bahasan menyinggung ketentuan yang terdapat dalam Rancangan Kitab Undang-undang Hukum Pidana (RKUHP) yang sebentar lagi akan diundangkan, sehingga buku ini tidak akan kehilangan orientasinya manakala RKUHP tersebut berlaku.

Penulis menyadari sepenuhnya akan keterbatasan bekal ilmu yang dimiliki ketika menyusun buku ini. Oleh karena itu, dalam kesempatan ini, perkenankan penulis menyampaikan terima kasih dan penghargaan yang tak terhingga dalam pengantar ini.

Pertama, terima kasih yang besar kepada *civitas* akademika Universitas Bhayangkara Jakarta Raya dengan Pimpinan Rektor Dr. Drs. Bambang Karsono, S.H., M.M. {Inspektur Jenderal Polisi (Purn)}, yang masih memberikan kesempatan bagi penulis untuk menggali dan mendarmabaktikan ilmu selama ini.

Kedua, penulis menyampaikan terima kasih dan penghargaan yang tinggi kepada yang mulia, ayahanda dan ibunda penulis, Almarhum Mukri Ali dan Almarhumah Siti Juariyah, yang telah mengasuh, membimbing, mendidik penulis dengan penuh kasih sayang dan meletakkan dasar-dasar keimanan dan pendidikan, sehingga penulis sampai pada saat ini.

Ketiga, penulis menyampaikan terima kasih dan penghargaan yang tinggi kepada yang mulia, kakek dan nenek penulis, Almarhum KH. Abdillah Amien dan Almarhumah Hj. Yumenin Abdillah, juga *encing-encing* dari penulis, terutama H. Diedy Faried Wadjdy, S.H., Hj. Ida Farida, S.Ag dan Dra. Hj. Lily Solehah, yang telah mengasuh, membimbing, dan mendidik penulis dengan penuh kasih sayang dan meletakkan dasar-dasar keimanan dan pendidikan, sehingga penulis sampai pada saat ini.

Keempat, terima kasih yang tulus untuk yang terkasih istri penulis, dr. Hj. Septy Zahrawi Kirana, yang senantiasa berdoa dan memberikan motivasi serta semangat, sehingga penulis mendapatkan kenyamanan guna menyelesaikan buku ini. Terima kasih juga untuk anak-anakku tercinta, Zahra Nafika Hakim, Ghifari Khalifa Hakim, Muhammad Haidar Hakim, yang selalu menjadi sumber inspirasi dan energi bagi penulis.

Kelima, terima kasih yang tulus untuk para “guru” dari penulis, Dr. Chairul Huda, S.H., M.H., dan A. Muhajir Sodruddin, S.H., M.H., serta sahabat dari penulis Dr. Achmad Cholidin, S.H., M.H.; Dr. Septa Chandra, S.H., M.H.; M. Ainul Syamsu, S.H., M.H.; dan Anggreany Haryani Putri, S.H., M.H., yang banyak memberikan masukan dan saran kepada penulis selama ini.

Keenam, penulis menyampaikan terima kasih yang besar kepada Yayasan Annajah (Darunnajah) dan PT. Tifico Foundation yang telah memberikan bantuan dana dan beasiswa sejak penulis menginjak bangku sekolah sampai dengan saat ini.

Akhirnya, penulis juga menyampaikan terima kasih yang besar kepada Penerbit Deepublish yang telah membantu untuk menerbitkan buku ini.

Jakarta, November 2019

Dr. Lukman Hakim, S.H., M.H.

MOTTO

“Sesungguhnya beserta kesulitan itu ada kemudahan. Maka apabila engkau telah selesai (dari suatu urusan), tetaplah bekerja keras (untuk urusan yang lain). Dan hanya kepada Tuhanmulah engkau berharap”
(Al-Quran Surat Al-Insyirah (95): 6-8)

“Barangsiapa menempuh suatu cara yang memudahkan orang untuk memperoleh ilmu, Allah akan memudahkan baginya jalan masuk surga”
(Hadis Riwayat Muslim)

DAFTAR ISI

KATA PENGANTAR	v
MOTTO	vii
DAFTAR ISI	viii
I. HUKUM PIDANA DAN TINDAK PIDANA	1
A. Tentang Hukum Pidana	1
A.1. Pengertian Hukum Pidana	1
A.2. Ruang Lingkup Hukum Pidana	2
B. Tentang Tindak Pidana	3
B.1. Pengertian Tindak Pidana	3
B.2. Penggolongan Tindak Pidana	10
B.3. Jenis-Jenis Tindak Pidana	11
B.4. Model Lain Rumusan Tindak Pidana	13
B.5. Pengategorian Tindak Pidana	16
II. ASAS-ASAS DALAM HUKUM PIDANA	17
A. Asas Legalitas	17
B. Asas Tiada Pidana Tanpa Kesalahan	20
C. Asas Tidak Berlaku Surut	31
D. Asas Larangan Penggunaan Analogi	32
III. KESALAHAN, PERTANGGUNGJAWABAN PIDANA DAN SIFAT MELAWAN HUKUM	35
A. Pengertian Kesalahan dan Pertanggungjawaban Pidana	35
B. Sifat Melawan Hukum	52
IV. PERCOBAAN (<i>POGING</i>)	59
A. Latar Belakang Adanya Percobaan	59
B. Dasar Hukum	59
C. Teori-Teori Mengenai Percobaan	69
C.1. Percobaan yang Tidak Wajar (<i>Ondeugdelijke Poging</i>)	69
C.2. Percobaan Dikualifisir, Sempurna Selesai, dan Tercegat	71
C.3. Percobaan Terhadap Makar dan Mufakat Jahat	72

V.	PENYERTAAN (<i>DEELNEMING</i>)	74
A.	Dasar Hukum.....	74
B.	Pengertian Penyertaan	75
C.	Bentuk Penyertaan dan Pertanggungjawaban Pidana dalam Penyertaan	77
C.1.	Mereka yang Melakukan Sendiri Suatu Perbuatan Pidana (<i>Plegen</i>).....	79
C.2.	Mereka yang Menyuruh Orang Lain untuk Melakukan Suatu Perbuatan Pidana (<i>Doen Plegen</i>).....	79
C.3.	Mereka yang Bersama-Sama Melakukan Suatu Perbuatan Pidana (<i>Mede Plegen</i>)	85
D.	Penganjuran/Penggerakan (<i>Uitlokking</i>).....	88
VI.	PEMBANTUAN (<i>MEDEPLECHTIGE</i>).....	95
A.	Pengertian Pembantuan (<i>Medeplechtige</i>)	95
B.	Pertanggungjawaban Pembantu Menurut Hukum Pidana	96
C.	Pembantuan Sebagai Delik yang Berdiri Sendiri	96
VII.	PERBARENGAN TINDAK PIDANA (<i>CONCURSUS/ SAMENLOOP</i>)	98
A.	Dasar Hukum.....	98
B.	Pengertian <i>Concursus/Samenloop</i> (Penggabungan/ Perbarengan)	98
VIII.	PENGULANGAN TINDAK PIDANA (<i>RECIDIVE</i>)	109
A.	Pengertian Pengulangan Tindak Pidana (<i>Recidive</i>)	109
B.	Sistem <i>Recidive</i>	110
DAFTAR PUSTAKA		115
PROFIL PENULIS.....		119

I.

HUKUM PIDANA DAN TINDAK PIDANA

A. Tentang Hukum Pidana

A.1. Pengertian Hukum Pidana

Mengenai pengertian hukum pidana secara umum, terdapat perbedaan dari para ahli hukum pidana di Indonesia. Namun sebagaimana ahli hukum pidana Roeslan Saleh¹ mengutip pendapat dari Moeljatno, maka penulis juga mengambil pendapat dari Moeljatno di samping pendapat beliau tentang definisi hukum pidana cukup mewakili dari pendapat-pendapat ahli hukum pidana yang lain. Moeljatno mengatakan bahwa Hukum Pidana adalah bagian dari keseluruhan hukum yang berlaku di suatu negara, yang mengadakan dasar-dasar dan aturan untuk: ²

1. Menentukan perbuatan-perbuatan mana yang tidak boleh dilakukan, yang dilarang, dengan disertai ancaman atau sanksi yang berupa pidana tertentu bagi barang siapa melanggar larangan tersebut.
2. Menentukan kapan dan dalam hal-hal apa kepada mereka yang telah melanggar larangan-larangan itu dapat dikenakan atau dijatuhi pidana sebagaimana yang telah diancamkan.
3. Menentukan dengan cara bagaimana pengenaan pidana itu dapat dilaksanakan apabila ada orang yang disangka telah melanggar larangan tersebut.

Terkait perbuatan-perbuatan yang tidak boleh dilakukan, dengan disertai ancaman atau sanksi yang berupa pidana tertentu bagi barang siapa melanggar larangan tersebut, untuk singkatnya kita namakan perbuatan pidana atau delik. Tegasnya: mereka merugikan masyarakat, dalam arti bertentangan dengan atau menghambat akan terlaksananya tata dalam pergaulan masyarakat yang baik dan adil.³

Untuk menentukan perbuatan mana yang dipandang sebagai perbuatan pidana, kita menganut asas yang dinamakan asas legalitas (*pinciple of legality*),

¹ Roeslan Saleh. *Perbuatan Pidana dan Pertanggung jawaban Pidana; Dua Pengertian Dasar Dalam Hukum Pidana* (Jakarta: Aksara Baru, 1983), hlm. 13.

² Moeljatno. *Asas-asas Hukum Pidana*, cet. IX, (Jakarta: Rineka Cipta, 2015), hlm. 1.

³ *Ibid.*

yakni asas yang menentukan bahwa tiap-tiap perbuatan pidana harus ditentukan sebagai demikian oleh aturan undang-undang (Pasal 1 ayat (1) KUHP).⁴

Jika ketiga bagian di atas diklasifikasikan secara sistematis, maka akan terbagi kedalam dua bagian utama. *Pertama*, mengenai perbuatan pidana (*criminal act*) dan mengenai pertanggungjawaban pidana (*criminal liability* atau *criminal responsibility*), disebut juga dengan hukum pidana materiel. *Kedua*, mengenai bagaimana cara atau prosedurnya untuk menuntut ke muka pengadilan orang-orang yang disangka melakukan perbuatan pidana dan atasnya dapat dipidana atau tidak dapat dipidana, dinamakan hukum pidana formal.

A.2. Ruang Lingkup Hukum Pidana

Ruang Lingkup Hukum Pidana sebagaimana yang terdapat di dalam KUHP sebagai ketentuan yang bersifat umum (*lex generalis*), meliputi tempat terjadinya delik (*Locus Delicti*) dan waktu terjadinya delik (*Tempus Delicti*).

Tempat terjadinya perbuatan pidana (*Locus Delicti*), dalam lingkup untuk:

1. Menentukan apakah hukum pidana Indonesia berlaku terhadap perbuatan pidana tersebut atau tidak. (Pasal 2-8 KUHP);
2. Menentukan pengadilan mana yang harus mengurus perkaranya. Hal ini berhubungan dengan kompetensi relatif.

Adapun mengenai *Locus Delicti*, dikenal tiga teori, yaitu:

1. Teori perbuatan materiil (*leer van de lichhamelijke daad*). Menurut teori ini maka yang menjadi *locus delicti* ialah tempat di mana pembuat melakukan segala perbuatan yang kemudian dapat mengakibatkan delik yang bersangkutan.
2. Teori alat yang dipergunakan (*leer van het instrument*), yang mengatakan bahwa delik dilakukan ditempat di mana alat yang dipergunakan itu menyelesaikannya, dengan lain perkataan yang menjadi *locus delicti* ialah tempat di mana ada “*uitwerking*” alat yang dipergunakan.
3. Teori akibat (*leer van het gevolg*). Menurut teori ini yang menjadi *locus delicti* ialah tempat akibat dari perbuatan itu terjadi.⁵

Adapun Moeljatno, mengatakan bahwa teori tentang *Locus Delicti* ada dua aliran, yaitu:

1. Aliran yang menentukan di satu tempat, yaitu tempat di mana terdakwa berbuat.
2. Aliran yang menentukan di beberapa tempat, yaitu mungkin tempat kelakuan, dan mungkin pula tempat akibat.⁶

⁴ *Ibid*, hlm. 5.

⁵ R. Soesilo. *KUHP Serta Komentar-komentarnya Lengkap Pasal Demi Pasal* (Bogor: Politeia, 1960), hlm. 22-23.

⁶ Moeljatno, *Op. Cit*, hlm. 86.

Adapun terkait mengenai waktu terjadinya delik (*tempus delicti*), adalah berhubungan dengan:

1. Pasal 1 KUHP: Apakah perbuatan yang bersangkutan-paut pada waktu itu sudah dilarang dan diancam dengan pidana?
2. Pasal 44 KUHP: Apakah terdakwa ketika itu mampu bertanggungjawab?
3. Pasal 45 KUHP: Apakah terdakwa ketika melakukan perbuatan sudah berumur 16 tahun atau belum. Kalau belum berumur 16 tahun, maka boleh memilih antara ketiga kemungkinan:
 - a. Mengembalikan anak tersebut kepada orang tuanya tanpa diberi pidana apapun;
 - b. Menyerahkan anak tersebut kepada pemerintah untuk dimasukkan rumah pendidikan;
 - c. Menjatuhkan pidana seperti orang dewasa. Maksimum dari pada pidana-pidana pokok dikurangi $\frac{1}{3}$ (lihat Pasal 47 KUHP).
4. Pasal 79 KUHP (*verjaring* atau daluwarsa). Dihitung mulai hari setelah perbuatan pidana terjadi.
5. Pasal 1 angka 19 KUHP, ketentuan mengenai “tertangkap tangan” (*op heterdaad*), yaitu: tertangkapnya seorang pada waktu sedang melakukan tindak pidana, atau dengan segera sesudah beberapa saat tindak pidana itu dilakukan, atau sesaat kemudian diserukan oleh khalayak ramai sebagai orang melakukannya, atau apabila sesaat kemudian padanya ditemukan benda yang diduga keras telah dipergunakan untuk melakukan tindak pidana itu yang menunjukkan bahwa ia adalah pelakunya atau turut melakukan atau membantu melakukan tindak pidana.

B. Tentang Tindak Pidana

B.1. Pengertian Tindak Pidana

Dalam peraturan perundang-undangan Indonesia tidak ditemukan definisi tindak pidana. Pengertian tindak pidana yang dipahami selama ini merupakan kreasi teoritis para ahli hukum. Para ahli hukum pidana umumnya masih memasukkan kesalahan sebagai bagian dari pengertian tindak pidana.⁷

Oleh karena berdasarkan asas konkordansi, sistem hukum pidana Indonesia mengadopsi hukum pidana dari Belanda, maka istilah asal dari “tindak pidana” berasal dari kata “*strafbaar feit*”. “*Strafbaar feit*” adalah istilah Belanda yang dalam bahasa Indonesia diterjemahkan dengan berbagai istilah. Selanjutnya, muncullah beberapa pandangan yang bervariasi dalam bahasa Indonesia sebagai padanan dari istilah “*strafbaar feit*” tersebut, seperti: “perbuatan pidana”, “peristiwa pidana”,

⁷ Chairul Huda. *Dari Tiada Pidana Tanpa Kesalahan Menuju Kepada Tiada Pertanggungjawaban Pidana Tanpa Kesalahan, Tinjauan Kritis Terhadap Teori Pemisahan Tindak Pidana dan Pertanggungjawaban Pidana* cet. Ke-4 (Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2011), hlm. 26.

“tindak pidana”, “perbuatan yang dapat dihukum” dan lain sebagainya. Bahkan di dalam berbagai peraturan perundang-undangan itu sendiri dipergunakan istilah yang tidak sama, seperti:

1. Undang-undang Dasar Sementara 1950 di dalam Pasal 14 ayat (1) menggunakan istilah “peristiwa pidana”.
2. Undang-undang No.1/drt/1951 tentang Tindakan Sementara Untuk Menyelenggarakan Kesatuan Susunan, Kekuasaan dan Acara Pengadilan-pengadilan Sipil, di dalam Pasal 5 ayat (3b), memakai istilah “perbuatan pidana”.
3. Undang-undang Darurat No.2 tahun 1951 tentang Perubahan *Ordonantie Tijdelijke Bijzondere Straf Bepalingen* Stb. 1958 No. 17, memakai istilah “perbuatan-perbuatan yang dapat dihukum”.
4. Undang-undang No 16/Drt/1951 tentang Penyelesaian Perselisihan Perburuhan, menggunakan istilah “hal yang diancam dengan hukum dan perbuatan-perbuatan yang dapat dikenakan hukuman”.
5. Undang-undang No.7/Drt/1953 tentang Pemilihan Umum, menggunakan istilah “tindak pidana”.
6. Undang-undang No 7/Drt/1955 tentang Pengusutan, Penuntutan dan Peradilan Tindak pidana Ekonomi, menggunakan istilah “tindak pidana”.
7. Undang-undang No. 8 tahun 1981 tentang KUHAP, menggunakan istilah “tindak pidana”.
8. Undang-undang Tindak Pidana Korupsi, sesuai dengan judulnya, menggunakan istilah “tindak pidana”.

Untuk menghindari perbedaan persepsi atas padanan dan istilah “*strafbaar feit*” yang sangat bervariasi dari penggunaan istilah yang berbeda tersebut, kiranya di masa yang akan datang perlu menggunakan istilah yang baku, paling tidak yang terdapat di dalam produk peraturan perundang-undangan. Dari beberapa contoh perundang-undangan tersebut di atas, dan juga istilah yang digunakan dalam Rancangan Kitab Undang-undang Hukum Pidana (RKUHP) yang akan datang, kiranya istilah “tindak pidana” merupakan istilah yang tepat untuk menggantikan istilah “*strafbaar feit*”, di samping sudah biasa dipergunakan dalam pergaulan masyarakat. Berikut pandangan beberapa ahli hukum pidana terkait istilah dari “*strafbaar feit*”:

Moeljatno mengatakan, “perbuatan pidana hanya menunjuk kepada sifat perbuatan saja, yaitu sifat dilarang dengan ancaman pidana kalau dilanggar.”⁸ Selanjutnya Moeljatno menyatakan,⁹ perumusan tindak pidana hanya memuat tiga hal, yaitu subjek delik yang dituju oleh norma hukum (*norm addressaat*), perbuatan

⁸ Moeljatno, *Asas-asas Hukum Pidana, Op.Cit.*, hlm. 56-57.

⁹ Moeljatno. *Perbuatan Pidana dan Pertanggungjawaban dalam hukum Pidana* (Jakarta: PT Bina Aksara, 1983), hlm. 11.

yang dilarang (*strafbaar*), dan ancaman pidana (*strafmaat*). Ketiga hal ini merupakan masalah kriminalisasi yang termasuk dalam lingkup tindak pidana. Sebaliknya pertanggungjawaban pidana hanya mempersoalkan segi-segi subjektif dari pembuat tindak pidana. Dalam tahap ini, persoalan tidak lagi berkisar pada masalah perbuatan dan sifat melawan hukumnya, melainkan berkaitan dengan dalam keadaan bagaimanakah pembuat dapat dipertanggungjawabkan atas tindak pidana.

Sejalan dengan pandangan Moeljatno, menurut Roeslan Saleh,¹⁰ melakukan suatu tindak pidana, tidak selalu berarti pembuatnya bersalah atas hal itu. Untuk dapat mempertanggungjawabkan seseorang dalam hukum pidana diperlukan syarat-syarat untuk dapat mengenakan pidana terhadapnya, karena melakukan tindak pidana tersebut. Dengan demikian, selain telah melakukan tindak pidana, pertanggungjawaban pidana hanya dapat dituntut ketika tindak pidana dilakukan dengan 'kesalahan'. Dalam memaknai 'kesalahan', Roeslan Saleh menyatakan,¹¹ 'Kesalahan' adalah dapat dicelanya pembuat tindak pidana, karena dilihat dari segi masyarakat sebenarnya dia dapat berbuat lain jika tidak ingin melakukan perbuatan tersebut.

Sementara Moeljatno dengan meminjam pendapatnya dari Simons menyatakan, 'Kesalahan' adalah adanya keadaan psikis yang tertentu pada orang yang melakukan perbuatan pidana dan adanya hubungan antara keadaan tersebut dengan perbuatan yang dilakukan yang sedemikian rupa, hingga orang itu dapat dicela karena melakukan perbuatan tadi. Bahwa untuk adanya kesalahan harus dipikirkan dua hal di samping melakukan perbuatan pidana. Pertama: adanya keadaan psikis (batin) yang tertentu, dan Kedua: adanya hubungan yang tertentu antara keadaan batin tersebut dengan perbuatan yang dilakukan, hingga menimbulkan celaan tadi. Sungguh pun antara yang pertama dan yang kedua ada hubungan yang erat, bahkan adanya yang pertama merupakan dasar bagi adanya yang kedua atau yang kedua tergantung dari yang pertama, namun untuk jelasnya baiklah dalam teori dipisahkan yang satu dan yang lain.¹²

Menurut Barda Nawawi Arief,¹³ bahwa tindak pidana hanya membahas perbuatan secara objektif, sedangkan hal-hal yang bersifat subjektif terkait dengan sikap batin pembuat tindak pidana harus dikeluarkan dari pengertian tindak pidana, karena sikap batin pembuat termasuk dalam lingkup kesalahan dan pertanggungjawaban pidana yang menjadi dasar etik dapat dipidananya si pembuat. Pemisahan tindak pidana dan pertanggungjawaban pidana bertujuan untuk memberikan kedudukan seimbang dalam penjatuhan pidana berdasarkan prinsip

¹⁰ Roeslan Saleh, *Perbuatan Pidana dan Pertanggungjawaban...* Op.Cit. hlm. 89.

¹¹ *Ibid*, hlm. 77.

¹² Moeljatno, *Asas-asas Hukum Pidana*, Op.Cit., hlm. 171.

¹³ Barda Nawawi Arief. *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana* (Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 1996), hlm. 107. Menurut Barda Nawawi Arief, konsepsi ini digunakan dalam RKUHP.

daad en dader strafrecht yang memerhatikan keseimbangan monodualistik antara kepentingan individu dan masyarakat. Artinya, walaupun telah melakukan tindak pidana, tetapi pembuatnya tidak diliputi kesalahan, oleh karenanya tidak dapat dipertanggungjawabkan. Sifat perbuatan yang dilarang mengandung pengertian bahwa tindak pidana didasarkan pada asas legalitas sebagai dasar utama¹⁴ yang menempatkan perbuatan dengan ancaman sanksi sebagai perbuatan yang bersifat melawan hukum.

Dalam peraturan perundang-undangan Indonesia sendiri tidak ditemukan definisi tindak pidana. Pengertian tindak pidana yang dipahami selama ini merupakan pandangan teoretis para ahli hukum. Para ahli hukum pidana umumnya masih memasukkan kesalahan sebagai bagian dari pengertian tindak pidana, sekalipun juga ada yang memisahkannya.

Moeljatno¹⁵ mengatakan:

“Bahwa perbuatan pidana adalah perbuatan yang dilarang oleh suatu aturan hukum larangan mana disertai ancaman (sanksi) yang berupa pidana tertentu, bagi barang siapa yang melanggar larangan tersebut. Dapat juga dikatakan bahwa perbuatan pidana adalah perbuatan yang oleh suatu aturan hukum dilarang dan diancam pidana, asal saja dalam pada itu diingat bahwa larangan ditujukan kepada perbuatan (yaitu suatu keadaan atau kejadian yang ditimbulkan oleh kelakuan orang), sedangkan ancaman pidananya ditujukan kepada orang yang menimbulkan kejadian itu. Antara larangan dan ancaman pidana ada hubungan yang erat, oleh karena antara kejadian dan orang yang menimbulkan kejadian itu ada hubungan yang erat pula. Yang satu tidak dapat dipisahkan dari yang lain. Kejadian tidak dapat dilarang, jika yang menimbulkan bukan orang, dan orang tidak dapat diancam pidana, jika tidak karena kejadian yang ditimbulkan olehnya. Dan justru untuk menyatakan hubungan yang erat itu, maka dipakailah perkataan perbuatan, yaitu suatu pengertian abstrak yang menunjuk kepada dua keadaan konkret: pertama, adanya kejadian yang tertentu, dan kedua, adanya orang yang berbuat yang menimbulkan kejadian itu”.

Selanjutnya Moeljatno, menyamakan "perbuatan pidana" dengan istilah Inggris "*criminal act*", dengan alasan:¹⁶

1. Karena *criminal act* ini juga berarti kelakuan dan akibat, atau dengan lain perkataan: akibat dari suatu kelakuan, yang dilarang oleh hukum. Dalam *Kenny's Outlines of Criminal Law* 1952 tentang *criminal act* atau dalam bahasa Latin "*actus reus*" ini diterangkan sebagai berikut; "*actus reus may be defined as such result of human conduct as the law seeks (mencoba) to prevent It is important to note that the actus reus, which is the result of conduct, must be distinguished from the conduct which produced the result.*"

¹⁴ Roeslan Saleh, *Perbuatan Pidana dan Pertanggungjawaban Pidana...* Op.Cit, hlm. 14.

¹⁵ Moeljatno, *Asas-Asas Hukum Pidana*, Op.Cit., hlm. 59-60.

¹⁶ *Ibid*, hlm. 62-63.

2. Karena *criminal act* ini juga dipisahkan dari pertanggungjawaban pidana yang dinamakan *criminal liability* atau *responsibility*. Untuk adanya *criminal liability* (jadi untuk dapat dipidanya seseorang) selain daripada melakukan *criminal act* (perbuatan pidana) orang itu juga harus mempunyai kesalahan (*guilt*). Hal ini dinyatakan dalam kalimat Latin: "*Actus non facit reum, nisi mens sit rea*" (*an act does not make a person guilty, unless the mind is guilty*).

Simons menerangkan bahwa *strafbaar feit* adalah kelakuan (*handeling*) yang diancam dengan pidana, yang bersifat melawan hukum, yang berhubungan dengan kesalahan dan yang dilakukan oleh orang yang mampu bertanggung jawab.¹⁷

Van Hamel merumuskan *strafbaarfeit* sebagai kelakuan orang (*menselijke gedraging*) yang dirumuskan dalam *wet*, yang bersifat melawan hukum, yang patut dipidana (*strafwaardig*) dan dilakukan dengan kesalahan.¹⁸

Schaffmeister mengatakan, perbuatan pidana adalah perbuatan manusia yang termasuk dalam ruang lingkup rumusan delik, bersifat melawan hukum, dan dapat dicela.¹⁹

Berbeda dengan Simons dan van Hamel, yang mengatakan bahwa perbuatan dalam *strafbaar feit* hanya terdiri dari kelakuan saja, Moeljatno menjelaskan bahwa perbuatan adalah kelakuan + kejadian yang ditimbulkan oleh kelakuan atau kelakuan + akibat dan bukan kelakuan saja. Berbeda dengan *strafbaar feit* yang mencakup pengertian perbuatan pidana dan kesalahan.²⁰

Jonkers dan Utrecht²¹ memandang rumusan Simons merupakan rumusan yang lengkap, yang meliputi:

1. Diancam dengan pidana oleh hukum,
2. Bertentangan dengan hukum,
3. Dilakukan oleh orang yang bersalah,
4. Orang itu dipandang bertanggung jawab atas perbuatannya.

Simons, Van Hamel, dan Vos, semuanya merumuskan delik (*strafbaar feit*) itu secara bulat, tidak memisahkan antara perbuatan dan akibatnya di satu pihak dan pertanggungjawaban di lain pihak.

A. Z. Abidin menyebut cara perumusan delik seperti ini sebagai aliran monistis tentang delik. Yang lain, yaitu yang memisahkan antara perbuatan dan akibatnya di satu pihak dan pertanggungjawaban di lain pihak sebagai aliran dualistis. Memang di Inggris dipisahkan antara perbuatan yang dilarang oleh

¹⁷ S.R. Sianturi. *Asas-Asas Hukum Pidana di Indonesia dan Penerapannya* (Jakarta: Alumni AHAEM-PETAHAEM, 1986), hlm. 205.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ D. Schaffmeister, Nico Keijzer dan E.P.H. Sutorius. *Hukum Pidana* (Yogyakarta: Liberty, 1995), hlm. 27.

²⁰ Moeljatno, *Asas-Asas Hukum Pidana, Op.Cit.*, hlm. 61.

²¹ J.E. Jonkers. *Handboek van het Ned Indische Strafrecht* (Leiden: E.J. Brill, 1946), hlm. 83.

undang-undang dan diancam pidana (*actus reus*) di satu pihak dan pertanggungjawaban (*mens rea*) di lain pihak.²²

Setelah berbicara mengenai tindak pidana, maka dalam pembahasan selanjutnya adalah mengenai pertanggungjawaban pidana. Jika berbicara tentang pertanggungjawaban pidana maka tidaklah dapat dilepaskan dari adanya unsur “kesalahan”, di mana hal ini berkenaan dengan suatu asas fundamental dalam mempertanggungjawabkan pelaku karena melakukan tindak pidana yaitu dengan asas tiada pidana tanpa kesalahan.

Menurut Simons yang dikutip oleh Roeslan Saleh,²³

“Bahwa “kesalahan” adalah keadaan *psychis* orang yang melakukan perbuatan dan hubungannya dengan perbuatan, yang dilakukan sedemikian rupa, sehingga orang itu dapat dicela karena perbuatan tersebut. Dalam hal ini yang harus diperhatikan adalah: (1) keadaan batin dari orang yang melakukan perbuatan itu; (2) hubungan antara keadaan batin itu dengan perbuatan yang dilakukan sedemikian rupa, sehingga orang itu dapat dicela karena perbuatan tadi. Kedua hal tersebut terjalin erat satu dengan yang lain dan merupakan hal yang dinamakan kesalahan”.

Senada dengan pendapat Simons, Sutorius²⁴ dalam tulisannya yang berjudul *Het Schuldbeginfel/Opzet en de Varianten Daarvan*, mengatakan:

“Bahwa orang tidak dapat bicara tentang kesalahan tanpa adanya perbuatan tercela atau yang tidak patut. Karena itu di dalam asas tiada pidana tanpa kesalahan itu diartikan sebagai tiada pidana tanpa perbuatan tidak patut yang objektif yang dapat dicelakan kepada pelakunya. Kesalahan memandang hubungan antara perbuatan tidak patut dan pelakunya sedemikian rupa, sehingga perbuatan itu dalam arti yang sesungguhnya merupakan perbuatannya”.

Dalam hal ini, Roeslan Saleh berpendapat,²⁵

“Bahwa untuk menentukan adanya kemampuan bertanggungjawab itu ditentukan pertama-tama oleh akal, yaitu dapat atau mampu membedakan antara perbuatan yang diperbolehkan dan yang tidak diperbolehkan. Tetapi mengenai faktor kedua, yaitu faktor kehendak bukanlah merupakan faktor dalam menentukan mampu tidaknya orang bertanggungjawab”.

²² A.Z. Abidin. *Asas-Asas Hukum Pidana Bagian Pertama* (Bandung: Alumni, 1987), hlm. 248-249.

²³ Roeslan Saleh, *Perbuatan Pidana dan Pertanggungjawaban Pidana... Op.Cit.*, hlm. 78.

²⁴ E.Ph. Sutorius. “Het Schuldbeginfel/Opzet en de Varianten Daarvan”, Alih Bahasa Wonosutanto (Bahan Penataran Hukum Pidana Angkatan I, Semarang, FH-UNDIP, 6-28 Agustus 1987), hlm. 2.

²⁵ Roeslan Saleh, *Perbuatan Pidana dan Pertanggungjawaban Pidana... Op.Cit.*, hlm. 80.

Dikatakan demikian, karena menurut Roeslan Saleh,²⁶

“Kehendak itu bergantung dan merupakan kelanjutan saja dari akal, yaitu bilamana akalnya sehat dan normal, artinya bilamana seorang itu mampu membedakan antara perbuatan yang diperbolehkan dan yang tidak diperbolehkan, maka oleh hukum diharuskanlah orang itu menentukan kehendaknya sesuai dengan yang diperbolehkan oleh hukum. Karenanya, maka faktor kehendak bukanlah merupakan faktor yang menentukan kemampuan bertanggungjawab, yaitu yang menentukan mampu atau tidaknya bertanggungjawab, melainkan hanya merupakan salah satu faktor yang ikut menentukan kesalahan, yaitu salah satu unsur dari kesalahan”.

Pembahasan lebih lanjut tentang pertanggungjawaban pidana ini menunjukkan adanya 2 (dua) pandangan utama, yaitu monistis dan dualistis. Pandangan yang monistis ini antara lain dikemukakan oleh Simmons yang merumuskan “tindak pidana sebagai suatu perbuatan hukum yang diancam dengan hukuman, bertentangan dengan hukum, dilakukan oleh seorang yang bersalah dan orang itu dianggap bertanggungjawab atas perbuatannya”. Menurut aliran monisme ini unsur-unsur perbuatan atau disebut unsur objektif, maupun unsur pembuat (subjektif). Dengan dicampurnya unsur perbuatan dan unsur pembuatnya, maka dapat dikatakan bahwa tindak pidana disatukan dengan syarat-syarat penjatuhan pidana. Sehingga seolah-olah dianggap bahwa kalau terjadi tindak pidana, maka pelakunya pasti dapat dipidana.

Terkait tentang pertanggungjawaban pidana ini, Barda Nawawi Arief menyatakan:

“Bahwa untuk adanya pertanggungjawaban pidana, harus jelas terlebih dahulu siapa yang dapat dipertanggungjawabkan. Ini berarti harus dipastikan lebih dahulu siapa yang dinyatakan sebagai pembuat untuk suatu tindakan tertentu. Masalah ini menyangkut masalah subjek tindak pidana yang pada umumnya sudah dirumuskan oleh pembuat undang-undang untuk tindak pidana yang bersangkutan.

Namun dalam kenyataannya, untuk memastikan siapa pembuat adalah tidak mudah. Kemudian setelah pembuat ditetapkan, bagaimana selanjutnya mengenai pertanggungjawaban pidananya? Oleh karena permasalahan dalam menentukan pertanggungjawaban pidana ini merupakan segi lain dari subjek tindak pidana yang dapat dibedakan dari masalah si pembuat. Artinya pengertian subjek tindak pidana dapat meliputi dua hal, yaitu siapa yang melakukan tindak pidana (pembuat) dan siapa yang dapat dipertanggungjawabkan. Pada umumnya yang dapat dipertanggungjawabkan dalam hukum pidana adalah si pembuat, tapi tidaklah selalu demikian.

²⁶*Ibid.*

Masalah ini tergantung juga pada cara atau sistem perumusan pertanggungjawaban yang ditempuh oleh pembuat undang-undang”.²⁷

Adapun penjelasan lebih lanjut mengenai teori monistis dan dualistis, akan dibahas pada bab selanjutnya.

B.2. Penggolongan Tindak Pidana

Jika dilihat dari penggolongannya, maka KUHP menggolongkan tindak pidana menjadi dua golongan, yaitu kejahatan (*misdrifven*) dan pelanggaran (*overtredingen*). **Kejahatan** (*misdrifven*) diatur dalam Buku II KUHP, dan kelompok tindak pidana yang termasuk di dalamnya, adalah:

1. Kejahatan Terhadap Keamanan Negara (Bab I, Pasal 104-129 KUHP);
2. Kejahatan-kejahatan Terhadap Martabat Presiden dan Wakil Presiden (Bab II, Pasal 130-139 KUHP);
3. Kejahatan-kejahatan Terhadap Negara Sahabat dan Terhadap Kepala Negara sahabat Serta Wakilnya (Bab III, Pasal 139a-145);
4. Kejahatan Terhadap Melakukan Kewajiban dan Hak Kenegaraan (Bab IV, Pasal 146-153 KUHP);
5. Kejahatan Terhadap Ketertiban Umum (Bab V, Pasal 153bis-181 KUHP);
6. Perkelahian Tanding (Bab VI, Pasal 182-186 KUHP);
7. Kejahatan yang Membahayakan Keamanan Umum bagi Orang atau Barang (Bab VII, Pasal 187-206 KUHP);
8. Kejahatan Terhadap Penguasa Umum (Bab VIII, Pasal 207-241 KUHP);
9. Sumpah Palsu dan Keterangan Palsu (Bab IX, Pasal 242-243 KUHP);
10. Pemalsuan Mata Uang dan, Uang Kertas (Bab X, Pasal 244-252 KUHP);
11. Pemalsuan Meterai dan Merek (Bab XI, Pasal 253-262 KUHP);
12. Pemalsuan Surat (Bab, XII, Pasal 263-276 KUHP);
13. Kejahatan Terhadap Asal-usul dan Perkawinan (Bab XIII, Pasal 277-280 KUHP);
14. Kejahatan Terhadap Kesusilaan (Bab XIV, Pasal 281-303 KUHP);
15. Meninggalkan Orang yang Perlu Ditolong (Bab W' Pasal 304-309 KUHP);
16. Penghinaan (Bab XVI, Pasal 310-321 KUHP);
17. Membuka Rahasia (Bab XVII, Pasal 322-323 KUHP);
18. Kejahatan Terhadap Kemerdekaan Orang (Bab XVIII, Pasal 324-337 KUHP);
19. Kejahatan Terhadap Nyawa (Bab XIX, Pasal 338-350 KUHP);
20. Penganiayaan (Bab XX, Pasal 351-358 KUHP);
21. Menyebabkan Mati atau Luka-luka Karena Kealpaan (Bab XXI, Pasal 359-361 KUHP);

²⁷ Barda Nawawi Arief. “Masalah Pidanaan Sehubungan dengan Perkembangan Delik-delik Khusus dalam Masyarakat Modern”. (Makalah yang disampaikan pada Seminar Perkembangan Delik-delik Khusus dalam Masyarakat yang Mengalami Modernisasi, yang diselenggarakan oleh BPHN-UNAIR Surabaya, 25 - 27 Februari 1980) (Bandung: Bina Cipta, 1982), hlm. 105-107.

22. Pencurian (Bab XXII, Pasal 362-367 KUHP);
23. Pemerasan dan Pengancaman (Bab XXIII, Pasal 368-371 KUHP);
24. Penggelapan (Bab XXIV, Pasal 372-377 KUHP);
25. Perbuatan Curang [*bedrog* = penipuan] (Bab XXV, Pasal 378-395 KUHP);
26. Perbuatan Merugikan Pemiutang atau Orang yang Mempunyai Hak (Bab xxvi, Pasal 396-405 KUHP) (Pemiutang = *schuld eischer*. Orang yang mempunyai hak *recht hebbende*);
27. Menghancurkan atau Merusakkan Barang (Bab XXVII, Pasal 406-412 KUHP);
28. Kejahatan Jabatan (Bab XXVIII, Pasal 413-437 KUHP);
29. Kejahatan Pelayaran (Bab XXIX, Pasal 438-479);
30. Kejahatan Penerbangan dan Kejahatan Terhadap Sarana/Prasarana Penerbangan (Bab XXIX A, Pasal 479a-479r KUHP)
31. Penadahan, Penerbitan dan Percetakan (Bab XXX, Pasal 480-488 KUHP);
32. Aturan Tentang Pengulangan Kejahatan yang Bersangkutan dengan Berbagai-bagai Bab (Bab XXXI, Pasal 486-488 KUHP).

Pelanggaran (*overtredingen*) diatur dalam Buku III KUHP, dan kelompok tindak pidana yang masuk golongan pelanggaran, adalah:

1. Pelanggaran Keamanan Umum bagi Orang atau Barang dan Kesehatan (Bab I, Pasal 489-502 KUHP);
2. Pelanggaran Ketertiban Umum (Bab II, Pasal 503- 520 KUHP);
3. Pelanggaran Terhadap Penguasa Umum (Bab III, Pasal 521-528 KUHP);
4. Pelanggaran Mengenai Asal-usul dan Perkawinan (Bab IV, Pasal 529-530 KUHP);
5. Pelanggaran Terhadap Orang yang Memerlukan Pertolongan (Bab V, Pasal 531 KUHP);
6. Pelanggaran Kesusilaan (Bab VI, Pasal 532-547 KUHP);
7. Pelanggaran Mengenai Tanah, Tanaman dan Pekarangan (Bab VII, Pasal 548-551 KUHP);
8. Pelanggaran Jabatan (Bab VIII, Pasal 552-559 KUHP);
9. Pelanggaran Pelayaran (Bab IX. Pasal 560-569 KUHP).

B.3. Jenis-Jenis Tindak Pidana

Jika dilihat dari jenis-jenisnya, maka tindak pidana atau delik itu dibagi dalam beberapa jenis, yaitu:

1. Delik formal dan delik materiel;
2. Delik *commisionis*, delik *ommisionis* dan delik *commissionis per omissionem commissa*;
3. Delik *dolus* dan delik *culpa* (*doleuse en culpose delicten*);
4. Delik tunggal dan delik berganda (*enkelvoudige en samengestelde delicten*);

5. Delik yang berlangsung terus dan delik yang tidak berlangsung terus (*voortdurende en niet voortdurende/aflopende delicten*);
6. Delik aduan dan bukan delik aduan (*klachtdelicten en niet klachtdelicten*);
7. Delik sederhana dan delik yang ada pemberatannya (*eenvoudige en gequalificeerde delicten*);

Adapun penjelasan singkatnya sebagai berikut:

1. Delik formal dan delik materiel
 - a. Delik formal itu adalah delik yang perumusannya di titik beratkan kepada perbuatan yang dilarang. Delik tersebut telah selesai dengan dilakukannya perbuatan seperti tercantum dalam rumusan delik. Misal: penghasutan (Pasal 169 KUHP); di muka umum menyatakan kebencian, menyatakan perasaan umum permusuhan atau penghinaan terhadap satu atau lebih golongan rakyat di Indonesia (Pasal 156 KUHP); penyuapan (Pasal 209, 210 KUHP); sumpah palsu (Pasal 242 KUHP); pemalsuan surat (Pasal 263 KUHP); pencurian (Pasal 362 KUHP).
 - b. Delik materiel itu adalah delik yang perumusannya dititikberatkan kepada akibat yang tidak dikehendaki (dilarang). Delik ini baru selesai apabila akibat yang tidak dikehendaki itu telah terjadi. Kalau belum, maka paling banyak hanya ada percobaan. Misal: pembakaran (Pasal 187 KUHP); penipuan (Pasal 378 KUHP), pembunuhan (Pasal 338 KUHP). Batas antara delik formal dan delik materiil tidak tajam, misalnya Pasal 362 KUHP.
2. Delik *commissionis*, delik *omissionis* dan delik *commissionis per omissionem commissa*.
 - a. Delik *commissionis*: delik yang berupa pelanggaran terhadap larangan, ialah berbuat sesuatu yang dilarang, pencurian, penggelapan, penipuan.
 - b. Delik *omissionis*: delik yang berupa pelanggaran terhadap perintah, ialah tidak melakukan sesuatu yang diperintahkan/diharuskan, misal: tidak menghadap sebagai saksi di muka pengadilan (Pasal 522 KUHP, tidak menolong orang yang memerlukan pertolongan (Pasal 531 KUHP).
 - c. Delik *Commissionis per omissionem commissa*: delik yang berupa pelanggaran larangan (*dus delik commissionis*), akan tetapi dapat dilakukan dengan cara tidak berbuat. Misal: seorang ibu yang membunuh anaknya dengan tidak memberi air susu (Pasal 338, 340 KUHP); seorang penjaga *wissel* yang menyebabkan kecelakaan kereta api dengan sengaja tidak memindahkan *wissel* (Pasal 194 KUHP).
3. Delik *dolus* dan delik *culpa* (*doleuse en culpose delicten*)
 - a. Delik *dolus*: delik yang memuat unsur kesengajaan, misal: Pasal-pasal 187, 197, 245, 263, 338 KUHP.

- b. Delik *culpa*: delik yang memuat kealpaan sebagai salah satu unsur, misal: Pasal-pasal 195, 197, 201, 203, 231 ayat (4), 359 dan 360 KUHP.
- 4. Delik tunggal dan delik berganda (*enkelvoudige en samengestelde delicten*).
 - a. Delik tunggal: delik yang cukup dilakukan dengan perbuatan satu kali
 - b. Delik berganda: delik yang baru merupakan delik, apabila dilakukan beberapa kali perbuatan, misal: Pasal 481 KUHP (penadahan sebagai kebiasaan).
- 5. Delik yang berlangsung terus dan delik yang tidak berlangsung terus (*voortdurende en niet voortdurende/aflopende delicten*). Delik yang berlangsung terus: delik yang mempunyai ciri, bahwa keadaan terlarang itu berlangsung terus, misal: merampas kemerdekaan seseorang (Pasal 333 KUHP).
- 6. Delik aduan dan bukan delik aduan (*klachtdelicten en niet klachtdelicten*). Delik aduan: delik yang penuntutannya hanya dilakukan apabila ada pengaduan dari pihak yang terkena (*gelaedeerde partij*), misal: penghinaan (Pasal 310 – 319 KUHP), perzinahan (Pasal 284 KUHP), *chantage* (pemerasan dengan ancaman pencemaran (Pasal 335 ayat (1) sub 2 KUHP jo. ayat (2))).
- 7. Delik sederhana dan delik yang ada pemberatannya (*eenvoudige en gequalificeerde delicten*). Delik yang ada pemberatannya, misal: penganiayaan yang menyebabkan luka berat atau matinya orang (Pasal 351 ayat (2) dan (3) KUHP), pencurian pada waktu malam hari (Pasal 363 KUHP).

B.4. Model Lain Rumusan Tindak Pidana

Dalam pandangan yang lain, Schaffmeister, Keijzer dan Sutorius,²⁸ mengatakan ada dua model perumusan delik, yaitu model baku dan model menyimpang, yaitu:

1. Model Baku

Model baku dari rumusan perbuatan pidana (delik) pada umumnya terdiri dari 3 bagian, yaitu: pertama, rumusan yang terdiri dari unsur-unsur delik; kedua: rangkuman singkat dari rumusan delik tersebut yang dinamakan kualifikasi; ketiga: ketentuan itu berisi ancaman pidana.

Contoh: Pasal 378 KUHP: Barangsiapa dengan maksud untuk menguntungkan diri sendiri atau orang lain secara melawan hukum, dengan memakai nama palsu atau martabat palsu, dengan tipu muslihat, ataupun rangkaian kebohongan, menggerakkan orang lain untuk menyerahkan barang sesuatu

²⁸ *Ibid*, hlm. 24-25.

kepadanya, atau supaya memberi hutang maupun menghapuskan piutang, diancam karena penipuan dengan pidana penjara paling lama empat tahun.

2. Model Menyimpang

Di samping itu ada juga yang namanya menyimpang, seperti:

- a. Dalam banyak ketentuan, tidak terdapat pemberian nama (kualifikasi) suatu delik (contoh: Pasal 379a KUHP).
- b. Ada juga perumusan delik yang hanya menyebut dengan nama (contoh: Pasal 351 ayat (1) KUHP: Penganiayaan diancam dengan pidana...).
- c. Ada yang tidak menyebutkan suatu perbuatan tetapi hanya suatu akibat (contoh: Pasal 359 KUHP: Barang siapa karena kealpaan menyebabkan matinya orang lain, diancam dengan pidana...)

Sementara Andi Hamzah,²⁹ mengatakan bahwa rumusan delik dirumuskan dalam berbagai cara, seperti:

- a. Pada umumnya, rumusan suatu delik berisi "bagian inti" (*bestanddelen*), yang harus sesuai dengan perbuatan yang "*bestanddelen*" dan bukan "unsur delik", karena unsur (*element*) suatu delik ada juga di luar rumusan, misalnya delik pencurian terdiri dari bagian inti (*bestanddelen*):
 - mengambil
 - barang yang seluruhnya atau sebagian kepunyaan orang lain
 - dengan maksud memiliki
 - melawan hukum

Keempat bagian inti delik ini harus sesuai dengan perbuatan nyata yang dilakukan. Oleh karena itu harus termuat di dalam surat dakwaan. Apabila satu atau lebih bagian inti ini tidak dapat dibuktikan di Sidang Pengadilan, maka terdakwa bebas.

Di dalam rumusan delik pencurian ini tidak terdapat unsur "dengan sengaja", karena dengan ditemui unsur mengambil sudah tersirat unsur tersebut. Lagi pula tidak ada delik pencurian yang dilakukan dengan kealpaan (*culpa*).

Berbeda misalnya dengan rumusan delik pembunuhan (Pasal 338 KUHP), di situ hanya ada dua bagian inti (*bestanddelen*) yaitu:

- sengaja
- menghilangkan nyawa orang lain.

Di dalam rumusan ini terdapat bagian inti "sengaja", karena ada delik menghilangkan nyawa yang lain yang dilakukan dengan kealpaan (*culpa*), Pasal 359 KUHP dan Pasal 361 KUHP, serta delik menghilangkan nyawa dengan berencana sebagaimana terdapat dalam Pasal 340 KUHP.

²⁹ Andi Hamzah, *Op. Cit*, hlm. 92-95.

- b. Ada pula rumusan delik yang tidak menyebut unsur-unsurnya atau kenyataan-kenyataan sebagai bagian inti (*bestanddelen*) delik, seperti delik penganiayaan (Pasal 351 KUHP), perdagangan wanita (Pasal 297 KUHP), perkelahian tanding (Pasal 184 KUHP). Pembuat undang-undang dalam hal ini tidak memaparkan unsur-unsur delik berupa bagian inti, karena khawatir dengan membuat rumusan demikian mungkin ternyata sangat sempit pengertiannya sehingga sangat sulit dijalankan semestinya. Menentukan kenyataan-kenyataan demikian diserahkan kepada hakim dan tentu juga ilmu hukum pidana.
- c. Bentuk yang ketiga yang paling umum ialah hanya mencantumkan unsur-unsur atau kenyataan-kenyataan berupa bagian inti (*bestanddelen*) belaka tanpa kualifikasi, seperti Pasal 106, 108, 167, 168, 209, 279, 259, 479 a dan banyak lagi.
- d. Ada pula rumusan delik yang dicantumkan bagian intinya saja tanpa kualifikasi, tetapi sebenarnya mempunyai nama populer dalam masyarakat dan dalam pelajaran buku hukum pidana, seperti Pasal 415 KUHP dengan nama "penggelapan oleh pegawai negeri atau pejabat"; Pasal 279 KUHP dengan nama "bigami", Pasal 296 KUHP dengan nama "mucikari" (*koppelarij*).

Hampir tiap ketentuan yang memuat rumusan delik diakhiri dengan ancaman pidana (sanksi). Kadang-kadang ancaman pidana itu terletak di permulaan rumusan, seperti Pasal 295 KUHP, yang mulai dengan "Di pidana ke- 1...". Ada pula yang ancaman pidananya tercantum di dalam pasal lain, seperti delik korupsi, tercantum di dalam Pasal 28 UUPTPK, sedangkan rumusannya pada Pasal 1 ayat 1 sub a-sub e.³⁰

Lebih lanjut mengenai fungsi rumusan delik dalam hukum pidana maupun dalam hukum acara pidana, rumusan delik menduduki tempat yang sangat penting. Jika diteliti betul, rumusan delik mempunyai dua fungsi, yaitu:

- a. Ditinjau dari hukum pidana materiel, mempunyai fungsi melindungi dari hukum mengingat rasio dari asas legalitas.
- b. Dilihat dari hukum acara pidana, rumusan delik masih mempunyai fungsi lain yang dinamakan fungsi petunjuk bukti.

Rumusan delik menunjukkan apa yang harus dibuktikan menurut hukum. Sesungguhnya, semua yang tercantum dalam rumusan delik (tetapi tidak lebih dari itu) harus dibuktikan menurut aturan hukum acara pidana. Sebagai contoh Pasal 212 KUHP: "Barang siapa dengan kekerasan atau ancaman kekerasan melawan seorang pejabat yang sedang menjalankan tugas yang sah... diancam karena melawan pejabat dengan pidana penjara paling lama satu tahun empat bulan.

³⁰ *Ibid*, hlm. 95.

Rumusan delik itu dapat diuraikan dalam bagian-bagian: (1) melawan; (2) dengan kekerasan atau ancaman kekerasan; (3) terhadap pejabat; (4) sedang menjalankan tugas yang sah.

Bagian-bagian itu dinamakan unsur-unsur delik tertulis (persyaratan tertulis untuk dapat dipidana). Untuk dapat dipidana, semua unsur harus dituduhkan dan dibuktikan. Misalnya membantu pencurian, disyaratkan semua unsur dituduhkan dan dibuktikan seperti yang terdapat di dalam Pasal 56 ayat (1) atau ayat (2), dan Pasal 362 KUHP.³¹

B.5. Pengategorian Tindak Pidana

Sementara dalam Naskah Akademik RKUHP dijelaskan bahwa kategori tindak pidana (delik) dikualifikasikan ke dalam 3 (tiga) bobot, yaitu:

1. Delik yang dipandang **“sangat ringan”** yaitu hanya diancam dengan pidana denda ringan (kategori 1 atau II) secara tunggal. Delik-delik yang dikelompokkan di sini ialah delik-delik yang dulunya diancam dengan pidana penjara/kurungan di bawah 1 (satu) tahun atau denda ringan atau delik-delik baru yang menurut penilaian bobotnya di bawah 1 (satu) tahun penjara.
2. Delik yang dipandang **“berat”**, yaitu delik-delik yang pada dasarnya patut diancam dengan pidana penjara di atas 1 (satu) tahun s/d 7 (tujuh) tahun. Delik yang dikelompokkan di sini akan selalu dialternatifkan dengan pidana denda lebih berat dari kelompok pertama, yaitu denda kategori III atau IV. Delik dalam kelompok ini ada juga yang ancamannya minimal khusus.
3. Delik yang dipandang **“sangat berat/sangat serius”**, yaitu delik yang diancam dengan pidana penjara di atas 7 (tujuh) tahun atau diancam dengan pidana lebih berat (yaitu pidana mati atau penjara seumur hidup). Untuk menunjukkan sifat berat, pidana penjara untuk delik dalam kelompok ini hanya diancam secara tunggal atau untuk delik-delik tertentu dapat diakumulasikan dengan pidana denda kategori V atau diberi ancaman minimal khusus.³²

Patut dicatat, bahwa dalam hal-hal tertentu ada penyimpangan dari pola di atas, antara lain khusus untuk delik yang selama ini dikenal dengan “kejahatan ringan”, polanya adalah diancam dengan maksimum 6 (enam) bulan penjara dengan alternatif denda kategori II.³³

³¹ D. Schaffmesiter, N. Keijzer dan P.H. Sutorius, *Op. Cit.*, hlm. 26.

³² Tim Penyusun. “Naskah Rancangan Kitab Undang-undang Hukum Pidana Hasil Pembahasan Panitia Kerja RKUHP-DPR RI”, 24 September 2018 (Jakarta: BPHN & Menkumham, 2018), (selanjutnya disebut “RKUHP”), hlm. 32-33.

³³ *Ibid.*

II.

ASAS-ASAS DALAM HUKUM PIDANA

Ada beberapa asas dalam lapangan hukum pidana yang menjadi dasar pemahaman mengenai hukum pidana, adapun asas-asas hukum pidana tersebut antara lain:

A. Asas Legalitas

Asas legalitas dalam hukum pidana merupakan asas yang fundamental. Pertama kali asas ini dituangkan dalam Konstitusi Amerika 1776, dan setelah itu dalam Pasal 8 *Declaration de droits de l'homme et du citoyen* 1789 di Perancis. Asas legalitas ini kemudian tercantum dalam KUHP berbagai negara di dunia. Di Perancis, asas ini pertama kali termuat dalam Pasal 4 *Code Penal* yang disusun oleh Napoleon Bonaparte (tidak ada pelanggaran, tidak ada delik tidak ada kejahatan yang dapat dipidana berdasarkan aturan hukum yang ada, sebelum aturan hukum itu dibuat terlebih dulu). Di Belanda, asas legalitas diatur dalam Pasal 1 ayat (1) *Wetboek van Strafrecht* yang dengan tugas menentukan “*Geen feit is strafbaar dan uit kracht van eene daaraan voorafgegane wettelijke strafbepalingen*”.³⁴

Menurut Machteld Boot, asas legalitas mengandung beberapa syarat: **pertama**, *nullum crimen, noela poena sine lege praevia*, yang berarti, tidak ada perbuatan pidana, tidak ada pidana tanpa undang-undang sebelumnya. Konsekuensi dari makna ini adalah menentukan bahwa hukum pidana tidak boleh berlaku surut. **Kedua**, *nullum crimen, noela poena sine lege scripta*, artinya, tidak ada perbuatan pidana, tidak ada perbuatan pidana tanpa undang-undang tertulis. Konsekuensi dari makna ini, adalah bahwa semua perbuatan pidana harus tertulis. **Ketiga**, *nullum crimen, noela poena sine lege certa*, artinya tidak ada perbuatan pidana, tidak ada pidana tanpa aturan undang-undang yang jelas. Konsekuensi dari makna ini, adalah harus jelasnya rumusan perbuatan pidana sehingga tidak bersifat multitafsir yang dapat membahayakan kepastian hukum. **Keempat**, *nullum crimen, noela poena sine lege stricta*, artinya tidak ada perbuatan pidana, tidak ada pidana tanpa undang-undang yang ketat. Konsekuensi dari makna ini secara implisit adalah

³⁴ I Made Widnyana. *Asas-asas Hukum Pidana* (Jakarta: Fikahati Aneska, 2010), hlm. 20.

tidak diperbolehkannya analogi. Ketentuan pidana harus ditafsirkan secara ketat, sehingga tidak menimbulkan perbuatan pidana baru.³⁵

Asas legalitas dalam Hukum Pidana Indonesia diatur dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP, yang menentukan “suatu perbuatan tidak dapat dipidana, kecuali berdasarkan kekuatan perundang-undangan pidana yang telah ada”. Syarat pertama untuk menindak terhadap suatu perbuatan yang tercela, yaitu adanya ketentuan dalam undang-undang pidana yang merumuskan perbuatan yang tercela itu dan memberikan suatu sanksi terhadapnya.

Dari ketentuan Pasal 1 ayat (1) KUHP tersebut, dijelaskan bahwa:

1. Suatu perbuatan dapat dipidana kalau termasuk ketentuan pidana menurut undang-undang. Oleh karena itu pembedaan berdasarkan hukum tidak tertulis, tidak dimungkinkan.
2. Ketentuan pidana itu harus lebih dulu ada dari pada perbuatan itu; dengan perkataan lain, ketentuan pidana itu harus sudah berlaku surut, baik mengenai ketetapan dapat dipidana maupun sanksinya.

Rumusan dari Pasal 1 ayat (2) KUHP membuat pengecualian atas ketentuan tidak berlaku surut untuk kepentingan terdakwa, artinya bilamana terjadi perubahan dalam perundang-undangan sesudah perbuatan dilakukan, maka terhadap terdakwa diterapkan ketentuan yang paling menguntungkannya.

Dalam asas legalitas, tampak jaminan dasar kepastian hukum, merupakan tumpuan dari hukum pidana dan hukum acara pidana. Di samping Pasal 1 KUHP, asas legalitas dapat juga dijumpai dalam sumber-sumber hukum internasional, seperti:

1. Deklarasi Universal Hak-hak Asasi Manusia 1948, Pasal 11 ayat 2.
2. Perjanjian Eropa Untuk Melindungi Hak Asasi Manusia Dan Kebebasan Asasi 1950 (Perjanjian New York) Pasal 15 ayat (1).

Sesuai dengan jiwa Pasal 1 KUHP disyaratkan juga bahwa ketentuan undang-undang harus dirumuskan secermat mungkin. Ini dinamakan asas *lex certa* (undang-undang yang dapat dipercaya).

Pengertian dasar Pasal 1 KUHP, berkaitan erat dengan Pasal 3 KUHP: hukum pidana harus diwujudkan dengan prosedur yang memadai dan dengan jaminan hukum.

Asas legalitas mempunyai 2 fungsi yaitu fungsi instrumental: tidak ada perbuatan pidana yang tidak dituntut; dan fungsi melindungi: tidak ada pembedaan kecuali atas dasar undang-undang.

Atas dasar kedua fungsi asas legalitas tersebut, seorang ahli hukum pidana Jerman Anzelm Von Feuerbach (1775-1833) merumuskan asas legalitas dalam bahasa Latin:

³⁵ Eddy O. S. Hiarij. *Pengantar Hukum Pidana Internasional* (Jakarta: Erlangga, 2009), hlm. 29.

1. *Nulla poena sine lege*: tidak ada pidana tanpa ketentuan pidana menurut undang-undang;
2. *Nulla poena sine crimine*: tidak ada pidana tanpa perbuatan pidana;
3. *Nullum crimen sine poena legali*: tidak ada perbuatan pidana tanpa pidana menurut undang-undang.

Rumusan tersebut juga dirangkum dalam satu kalimat: *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenali*: tidak ada perbuatan pidana, tidak ada pidana, tanpa ketentuan undang-undang terlebih dahulu.³⁶ Ada 7 (tujuh) aspek yang dapat dibedakan dari asas legalitas, sebagai berikut:³⁷

1. Tidak dapat dipidana kecuali berdasarkan ketentuan pidana menurut undang-undang;
2. Tidak ada penerapan undang-undang pidana berdasarkan analogi;
3. Tidak dapat dipidana hanya berdasarkan kebiasaan;
4. Tidak boleh ada perumusan delik yang kurang jelas (syarat *lex-certa*);
5. Tidak ada kekuatan surut dari ketentuan pidana;
6. Tidak ada pidana lain kecuali yang ditentukan undang-undang;
7. Penuntutan pidana hanya menurut cara yang ditentukan undang-undang.

Sebagai perbandingan, ketentuan mengenai asas legalitas di dalam RKUHP yang akan datang telah dirumuskan dalam Pasal 1 yang bunyinya sebagai berikut:³⁸

Ayat (1):

“Tiada seorang pun dapat dipidana atau dikenakan tindakan, kecuali perbuatan yang dilakukan telah ditetapkan sebagai tindak pidana dalam peraturan perundang-undangan yang berlaku pada saat perbuatan itu dilakukan”.

Ayat (2):

“Dalam menetapkan adanya tindak pidana dilarang menggunakan analogi”.

Ayat (3):

“Ketentuan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) tidak mengurangi berlakunya hukum yang hidup dalam masyarakat yang menentukan bahwa seseorang patut dipidana walaupun perbuatan tersebut tidak diatur dalam peraturan perundang-undangan”.

Ayat (4):

“Berlakunya hukum yang hidup dalam masyarakat sebagaimana dimaksud dalam ayat (3) sepanjang sesuai dengan nilai-nilai Pancasila dan/atau prinsip-prinsip hukum umum yang diakui oleh masyarakat bangsa-bangsa”.

³⁶ I Made Widnyana, *Op. Cit.*, hlm. 23.

³⁷ D Schaffmesiter, N. Keijzer dan P.H. Sutorius, *Op. Cit.*, hlm. 3-7.

³⁸ Tim Penyusun RKUHP. *Naskah Akademis RKUHP (edisi 25 Februari 2015)*, (Jakarta: BPHN (Badan Pembinaan Hukum nasional & Menkumham, 2015).

B. Asas Tiada Pidana Tanpa Kesalahan

Pembahasan mengenai asas ‘tiada pidana tanpa kesalahan’ yang kemudian oleh Chairul Huda dikembangkan menjadi asas ‘tiada pertanggungjawaban pidana tanpa kesalahan’³⁹ akan menjadi semakin penting, bukan hanya karena secara keilmuan asas ini mesti dipahami oleh para mahasiswa fakultas hukum, namun lebih jauh dari itu, asas ini secara *exsplisit verbis*, akan diterapkan dalam RKUHP⁴⁰ yang akan datang.

Asas Tiada Pidana Tanpa Kesalahan atau dalam istilah lain disebut dengan *Geen Straf Zonder Schuld*, atau *No Punishment Without Fault*, atau *Actus non facit reum nisi mens sist rea*. Asas ini berasal dari Yurisprudensi Hooge Raad (Belanda) pada tanggal 14 Februari 1916. Asas hukum pidana ini berhubungan dengan masalah pertanggungjawaban dalam hukum pidana yang dilandaskan pada presumsi bahwa *schuld* tidak dapat dimengerti tanpa adanya melawan hukum (*wederrechtelijke*), tapi sebaliknya, melawan hukum mungkin tanpa adanya kesalahan.⁴¹ Berdasarkan asas ini, meskipun seseorang telah melakukan perbuatan pidana dan telah memenuhi unsur-unsur yang dirumuskan dalam delik, perlu dibuktikan pula apakah dia dapat dipertanggungjawabkan atau tidak atas perbuatannya tersebut, artinya apakah dia mempunyai kesalahan atau tidak.

Moeljatno⁴² pada tahun 1955 dalam pidato pengukuhan sebagai guru besar hukum pidana di Universitas Gajah Mada mengemukakan pandangannya mengenai asas “tiada pidana tanpa kesalahan” (*Geen straf zonder schuld, actus non facit reum nisi mens sist rea*) atau yang lebih dikenal dengan asas dualistis. Menurut Chairul Huda, pada pokoknya ajaran ini memisahkan tindak pidana dan pertanggungjawaban pidana. Tindak pidana hanya menyangkut persoalan ‘perbuatan’, sedangkan masalah apakah ‘orang’ yang melakukan perbuatan tersebut kemudian dapat dipertanggungjawabkan, adalah persoalan yang lain. Dalam banyak kejadian, tindak pidana dapat terjadi sekalipun dilihat dari batin terdakwa sama sekali tidak patut dicelakan terhadapnya. Dengan kata lain, walaupun telah

³⁹ Chairul Huda, *Op. Cit.*, dalam Judul Buku berikut keseluruhan isinya yang menjelaskan pergeseran asas *Tiada Pidana Tanpa Kesalahan Menuju Kepada Tiada Pertanggungjawaban Pidana Tanpa Kesalahan*.

⁴⁰ Naskah Akademis RKUHP.

⁴¹ Moeljatno, *Op. Cit.*, hlm. 155.

⁴² Moeljatno. “Perbuatan Pidana dan Pertanggungjawaban Dalam Hukum Pidana”. (Pidato Ilmiah dalam Dies Natalis Universitas Gajah Mada, pada tanggal 19 Desember 1955). Lihat juga, Moeljatno, *Asas-asas Hukum Pidana, Op.Cit.*, hlm. 165. Menurut Moeljatno, “Perbuatan pidana hanya menunjuk kepada dilarang dan diancamnya perbuatan dengan suatu pidana. Apakah orang yang melakukan perbuatan kemudian juga dijatuhi pidana, sebagaimana yang diancamkan, ini tergantung dari soal apakah dalam melakukan perbuatan ini dia mempunyai kesalahan. Sebab asas dalam pertanggungjawaban dalam buku ini ialah: Tidak dipidana jika tidak ada kesalahan (*Geen straf zonder schuld*). Asas ini tidak tersebut dalam hukum tertulis tapi dalam hukum yang tidak tertulis yang juga di Indonesia berlaku”.

melakukan tindak pidana, tetapi pembuatnya tidak diliputi kesalahan, oleh karenanya tidak dapat dipertanggungjawabkan.⁴³

Dinyatakan oleh Moeljatno, bahwa “perbuatan pidana hanya menunjuk kepada sifat perbuatan saja, yaitu sifat dilarang dengan ancaman pidana kalau dilanggar.”⁴⁴Selanjutnya Moeljatno menyatakan,⁴⁵ perumusan tindak pidana hanya memuat tiga hal, yaitu subjek delik yang dituju oleh norma hukum (*normaddressaat*), perbuatan yang dilarang (*strafbaar*), dan ancaman pidana (*strafmaat*). Ketiga hal ini merupakan masalah kriminalitas yang termasuk dalam lingkup tindak pidana. Sebaliknya pertanggungjawaban pidana hanya mempersoalkan segi-segi subjektif dari pembuat tindak pidana. Dalam tahap ini, persoalan tidak lagi berkisar pada masalah perbuatan dan sifat melawan hukumnya, melainkan berkaitan dengan dalam keadaan bagaimanakah pembuat dapat dipertanggungjawabkan atas tindak pidana.

Menurut Edward Omar Sharif Hiarij, setelah apa yang disampaikan Moeljatno tersebut, maka mengubah sistem hukum pidana di Indonesia, baik secara praktik maupun teoretis. ⁴⁶ Sekalipun asas ini tidak dipraktikkan secara masif di dalam praktik hukum pidana dan tidak diterapkan dalam KUHP, namun setelah melalui proses yang cukup panjang dan dengan dimasukkannya asas ini secara eksplisit di dalam RKUHP yang akan datang, maka dapat dikatakan bahwa asas ini akan kembali ke “rumahnya” lagi.

Sejalan dengan pandangan Moeljatno, menurut Roeslan Saleh,⁴⁷ melakukan suatu tindak pidana, tidak selalu berarti pembuatnya bersalah atas hal itu. Untuk dapat mempertanggungjawabkan seseorang dalam hukum pidana diperlukan syarat-syarat untuk dapat mengenakan pidana terhadapnya, karena melakukan tindak pidana tersebut. Dengan demikian, selain telah melakukan tindak pidana, pertanggungjawaban pidana hanya dapat dituntut ketika tindak pidana dilakukan dengan ‘kesalahan’. Dalam memaknai ‘kesalahan’, Roeslan Saleh menyatakan,⁴⁸ ‘Kesalahan’ adalah dapat dicelanya pembuat tindak pidana, karena dilihat dari segi masyarakat sebenarnya dia dapat berbuat lain jika tidak ingin melakukan perbuatan tersebut.

Sementara Moeljatno dengan meminjam pendapatnya dari Simons menyatakan, ‘Kesalahan’ adalah adanya keadaan psikis yang tertentu pada orang yang melakukan perbuatan pidana dan adanya hubungan antara keadaan tersebut dengan perbuatan yang dilakukan yang sedemikian rupa, hingga orang itu dapat

⁴³ Chairul Huda, *Op. Cit.*, hlm. 6.

⁴⁴ Moeljatno, *Asas-asas Hukum Pidana*, *Op. Cit.*, hlm. 56-57.

⁴⁵ Moeljatno, *Perbuatan Pidana dan Pertanggungjawaban dalam hukum Pidana*, *Op. Cit.*, hlm. 11.

⁴⁶ (Online), tersedia di <http://firmanhakimo3.blogspot.com/2016/09/rangkuman-keterangan-ahlipidana-prof-26-html> (7 Oktober 2017).

⁴⁷ Roeslan Saleh, *Perbuatan Pidana dan Pertanggungjawaban Pidana...*, *Op.Cit.*, hlm. 89.

⁴⁸ *Ibid*, hlm. 77.

dicela karena melakukan perbuatan tadi. Bahwa untuk adanya kesalahan harus dipikirkan dua hal di samping melakukan perbuatan pidana. Pertama: adanya keadaan psikis (batin) yang tertentu, dan Kedua: adanya hubungan yang tertentu antara keadaan batin tersebut dengan perbuatan yang dilakukan, hingga menimbulkan celaan tadi. Sungguh pun antara yang pertama dan yang kedua ada hubungan yang erat, bahkan adanya yang pertama merupakan dasar bagi adanya yang kedua atau yang kedua tergantung dari yang pertama, namun untuk jelasnya baiklah dalam teori dipisahkan yang satu dan yang lain.⁴⁹

Menurut Barda Nawawi Arief,⁵⁰ bahwa tindak pidana hanya membahas perbuatan secara objektif, sedangkan hal-hal yang bersifat subjektif terkait dengan sikap batin pembuat tindak pidana harus dikeluarkan dari pengertian tindak pidana, karena sikap batin pembuat termasuk dalam lingkup kesalahan dan pertanggungjawaban pidana yang menjadi dasar etik dapat dipidanya si pembuat. Pemisahan tindak pidana dan pertanggungjawaban pidana bertujuan untuk memberikan kedudukan seimbang dalam penjatuhan pidana berdasarkan prinsip *daad en dader strafrecht* yang memerhatikan keseimbangan monodualistik antara kepentingan individu dan masyarakat. Artinya, walaupun telah melakukan tindak pidana, tetapi pembuatnya tidak diliputi kesalahan, oleh karenanya tidak dapat dipertanggungjawabkan. Sifat perbuatan yang dilarang mengandung pengertian bahwa tindak pidana didasarkan pada asas legalitas sebagai dasar utama⁵¹ yang menempatkan perbuatan dengan ancaman sanksi sebagai perbuatan yang bersifat melawan hukum. Seperti dikatakan William, “*the act constituting a crime may in some circumstances be objectively innocent*”.⁵²

Dari sini terlihat perbedaan tindak pidana dan pertanggungjawaban pidana. Tindak pidana hanya berorientasi pada perbuatan yang dilarang berdasarkan norma hukum, sedangkan pertanggungjawaban pidana menunjuk kepada sikap-sikap subjektif yang didasarkan kepada kewajiban hukum seseorang untuk mematuhi hukum.⁵³ Fletcher menyatakan “*we distinguish between characteristic of the actor...*”.⁵⁴ Secara konseptual, Fletcher menjelaskan bahwa hukum pidana mempunyai dua norma. Pertama, norma hukum yang mengatur perbuatan tertentu yang dilarang atau diperintahkan, “*the basic norm of the criminal law prohibit*

⁴⁹ Moeljatno, *Asas-asas Hukum Pidana*, Op. Cit., hlm. 171.

⁵⁰ Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, Op.Cit., hlm. 107. Menurut Barda Nawawi Arief, konsepsi ini digunakan dalam RKUHP.

⁵¹ Roeslan Saleh, *Perbuatan Pidana dan...*, Op. Cit., hlm. 14.

⁵² Glanville William. *Criminal Law: General Part* (London: Stevens & Sons, 1961), hlm. 22.

⁵³ Roeslan Saleh. *Masih Saja tentang Kesalahan* (Jakarta: Karya Dunia Fikir, 1994), hlm. 81-82.

⁵⁴ George P. Fletcher, Op. Cit., hlm. 455. Lihat juga Albin Eser. “Justification and Excuses”, *The American Journal of Comparative Law*, vol. 24, 1976, hlm. 628. Pembagian norma yang diungkapkan George P. Fletcher berasal dari teori norma yang dikembangkan oleh Beling. Menurut teori ini, norma dibagi menjadi norma hukum (*legal norm*) dan norma pertanggungjawaban pidana (*norm of responsibility*).

particular acts or require the particular acts be performed".⁵⁵ Norma dasar ini merupakan *tatbestandmabigheit* yang memuat seperangkat unsur-unsur tindak pidana dalam peraturan hukum secara komprehensif yang mengandung berbagai jenis kejahatan.⁵⁶ Dengan kata lain, tindak pidana menekankan kesesuaian perbuatan tertentu dengan rumusan delik.

Kedua, norma yang menggambarkan tentang keadaan tertentu yang menyebabkan pembuat tindak pidana dapat dicela atas tindak pidana yang dilakukan. Dikatakan bahwa "*the analysis of attribution turns our attention to a totally distinct set of norms, which do not provide directives for action, but which spell out the criteria for holding persons accountable for their deeds.*"⁵⁷ Analisis tentang pertanggungjawaban pidana merupakan ketentuan berbeda yang tidak menunjuk kepada perbuatan, tetapi berkaitan dengan penentuan kriteria seseorang yang dapat dipertanggungjawabkan atas perbuatannya.

Pemisahan tindak pidana dan pertanggungjawaban pidana bertujuan untuk mempertegas fungsi-fungsi hukum pidana. Di satu sisi, tindak pidana menekankan fungsi komunikasi untuk memberikan gambaran yang jelas kepada masyarakat tentang pedoman bertindak dan bertingkah laku. Dalam kerangka itu, tindak pidana harus dirumuskan secara sederhana dan jelas sehingga dapat dimengerti oleh masyarakat luas sebagaimana diungkapkan oleh Paul H. Robinson, "*to be effective, the rules of conduct must be simple, based on objective criteria with easily communicable and comprehensible standard.*"⁵⁸ Di sisi lain, pertanggungjawaban pidana menekankan fungsi adjudikasi yang memberikan pedoman bagi hakim untuk menentukan keadaan-keadaan tertentu yang menjadi dasar dapat dipertanggungjawabkannya pembuat dan oleh karenanya dapat dipidana.⁵⁹

Menurut hemat penulis, dengan dipisahkannya tindak pidana dan pertanggungjawaban pidana sebagaimana di atas, menyebabkan kesalahan dikeluarkan dari unsur tindak pidana dan ditempatkan sebagai faktor yang menentukan dalam pertanggungjawaban pidana. Namun demikian, bagaimana konsep ini diterapkan dalam praktik hukum perlu elaborasi yang lebih mendalam.

⁵⁵ *Ibid*, hlm. 456.

⁵⁶ Ernest Ludwig von Beling, *Lehre vom Verbrechen* (Tubingen: JCB Mohr, 1906), TH.

⁵⁷ George P. Fletcher, *Rethinking...., Op. Cit.*, hlm. 458.

⁵⁸ Paul H. Robinson, "Rules of Conduct and Principle of Adjudication", *University of Chicago Law Review*, vol. 57, 1990, hlm. 732-733. Dalam beberapa tulisannya, Paul Robinson menggunakan dua terminologi berbeda dengan menggambarkan fungsi tindak pidana dan pertanggungjawaban pidana. Untuk fungsi tindak pidana, Robinson menggunakan istilah *rules of conduct* dan *rule of articulation*. Adapun untuk pertanggungjawaban pidana, Robinson menggunakan istilah *conduct rule* untuk menggambarkan fungsi tindak pidana dan *decision rule* untuk pertanggungjawaban pidana. Secara substantif, Robinson dan Cohen mempunyai kesamaan pendapat terhadap kedua fungsi tersebut.

⁵⁹ Meir Dan-Cohen, "Decision Rules and Conduct Rules: On Accoustic Separation in Criminal Law", *Harvard Law Review*, vol. 97, 1984, hlm. 625., Reprinted in Meir Dan-Cohen. *Harmful Thought: Essay on Law, Self and Morality* (Princeton & Oxford: Princeton University Press, 2002), hlm. 37-94.

Di satu sisi, pertanggungjawaban pidana terutama dipandang sebagai bagian dari implementasi tugas hakim dalam memeriksa, mengadili dan memutus perkara yang ada padanya. Oleh sebab itu, hal pertama dalam mengelaborasi mengenai teori pemisahan tindak pidana dan pertanggungjawaban pidana, dengan menelusuri penerapan dan perkembangannya dalam praktik tugas hakim dalam menjatuhkan putusan. Artinya, wujud konkret dalam penerapan teori ini secara praktis dapat dilihat kepada tugas hakim dalam menjatuhkan putusan tersebut di pengadilan.

Pembedaan fungsional antara tindak pidana dan pertanggungjawaban pidana dapat ditelusuri dari pandangan Jeremy Bentham⁶⁰ yang menyebutkan bahwa:

"In the same manner also it maybe conceived how, in political society, the same man may, with respect to the same individuals, be, at different periods, and on different occasions, alternatively, in the state of governor and subject: today concurring, perhaps active, in the bussiness of issuing a general command for the observation of the whole society, among the rest of another man in quality of the judge: tomorrow, punished, perhaps by a particular command of that same judge for not obeying the general command which he himself (I mean the person acting in character of governor) had issued."

Sejalan dengan pandangan Bentham, maka Paul H. Robinson mengusulkan pembedaan fungsional antara tindak pidana dan pertanggungjawaban pidana. Dalam penelitian terhadap kedudukan *actus reus* dan *mens rea* dalam hukum pidana Amerika Serikat, Paul H. Robinson mensinyalir penggabungan *actus reus* dan *mens rea* dalam rumusan delik sebagai salah satu sebab yang mereduksi fungsi *rules of conduct* yang terkandung dalam tindak pidana dan prinsip adjudikasi yang terkandung dalam pertanggungjawaban pidana.⁶¹ Fungsi *rules of conduct* menekankan kesederhanaan yang berisi standar objektif dan merumuskan perbuatan yang dilarang atau diperintahkan agar rumusan tindak pidana dapat dipahami oleh masyarakat. Sebaliknya, fungsi adjudikasi yang terkandung dalam pertanggungjawaban pidana menekankan kompleksitas dalam merumuskan standar-standar subjektif dalam menentukan ketercelaan pembuat tindak pidana. Kompleksitas inilah yang menyebabkan fungsi adjudikasi hanya diberlakukan secara limitatif kepada hakim sebagai pedoman dalam menentukan kesalahan pembuat. Oleh karenanya, perumusan fungsi adjudikasi sebagai unsur delik mereduksi fungsi *rule of conduct* yang terkandung dalam tindak pidana, karena dapat menghilangkan kesederhanaan rumusan tindak pidana."⁶²

Pergeseran konsepsi pertanggungjawaban pidana dari aspek kognitif menjadi pedoman Hakim dalam menentukan kesalahan pembuat justru memperkuat

⁶⁰ Jeremy Bentham. *A Fragment of Government* (London: Tample Bar, Tanpa Tahun), hlm. 28.

⁶¹ Paul H. Robinson. "A Functional Analysis of Criminal Law", *New York University Law Review*, vol. 876-884, 1994, hlm. 88

⁶² Paul H. Robinson, "Structuring Criminal Code to Perform Their Function", *Buffalo Criminal Law Review*, vol. 5, 2000, hlm. 4.

argumentasi pemisahan tindak pidana dan pertanggungjawaban pidana agar kedua fungsi tersebut dapat berjalan seiring. Tindak pidana dapat menjaga kesederhanaan dengan hanya merumuskan unsur-unsur objektif perbuatan, sedangkan pertanggungjawaban pidana dapat diletakkan sebagai pedoman Hakim yang tidak disertai dengan ancaman sanksi pidana meskipun tidak menutup kemungkinan manakala teori dualistis menggunakan konsepsi pertanggungjawaban pidana yang lama sebagai aspek kognitif pembuat tindak pidana. Oleh karenanya, tindak pidana seharusnya dirumuskan dalam ketentuan khusus (*special part*) yang hanya membahas tindak pidana.⁶³

Hal ini dapat diamati dalam Rancangan KUHP yang menegaskan pemisahan tindak pidana dan pertanggungjawaban pidana. Konsekuensinya, seluruh tindak pidana hanya merumuskan perbuatan-perbuatan objektif yang dilarang sebagaimana tercantum dalam ketentuan khusus, sedangkan pertanggungjawaban pidana dirumuskan dalam ketentuan umum. Kendati demikian, RKUHP tidak menerapkan teori pemisahan tindak pidana secara konsisten karena RKUHP masih merumuskan unsur subjektif dalam tindak pidana yang dilakukan dengan kealpaan. Kealpaan seharusnya diatur dalam ketentuan umum disertai dengan catatan bahwa kealpaan hanya diterapkan terhadap tindak pidana tertentu.⁶⁴

Pandangan para ahli hukum pidana terkait konsep monisme dan dualisme terdeskripsi dari pemberian definisi mereka terhadap 'tindak pidana'. J.E. Jonkers merumuskan peristiwa pidana sebagai "perbuatan yang melawan hukum (*wederrechtelijk*) yang berhubungan dengan kesengajaan atau kesalahan yang dilakukan oleh orang yang dapat dipertanggungjawabkan".⁶⁵ Sementara H.J. van Schravendijk mendefinisikan tindak pidana adalah "kelakuan orang yang begitu bertentangan dengan keinsafan hukum sehingga kelakuan itu diancam dengan hukuman, asal dilakukan oleh seorang yang karena itu dapat dipersalahkan".⁶⁶ Selanjutnya Van Hamel mengartikan *strafbaar feit* sebagai "kelakuan orang yang dirumuskan dalam *wet*, yang bersifat melawan hukum, yang patut dipidana dan dilakukan dengan kesalahan".⁶⁷ Simmons mengatakan bahwa *Strafbaarfeit* itu adalah "kelakuan yang diancam dengan pidana, bersifat melawan hukum, dan berhubungan dengan kesalahan yang dilakukan oleh orang yang mampu

⁶³ R.A. Duff dan Stuart P. Green (eds.). *Defining Crimes: Essays on the Special Part of the Criminal Law* (New York: Oxford University Press, 2005), hlm. 10-20. Ketentuan khusus adalah ketentuan yang memuat tentang macam, jenis, dan klasifikasi tindak pidana. Duff mengklasifikasi ketentuan khusus dalam dua model, yaitu pendekatan deskriptif dan pendekatan moralistik.

⁶⁴ M. Ainul Syamsu. *Pergeseran Turut Serta Melakukan Dalam Ajaran Penyertaan* (Jakarta: Prenadamedia Group, 2014), hlm. 26.

⁶⁵ Adami Chazawi. *Pelajaran Hukum Pidana (Bagian 1)* (Jakarta: Rajawali Pers, 2012), hlm. 75.

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ Moeljatno, *Asas-asas Hukum Pidana, Op. Cit.*, hlm. 61

bertanggungjawab”⁶⁸. Secara implisit maupun eksplisit, pandangan para ahli hukum pidana ini dapat dimaknai sebagai penerima ajaran monisme.

Tindak pidana dan pertanggungjawaban pidana bukan hanya dibedakan tetapi lebih jauh lagi harus dapat dipisahkan.⁶⁹Unsur utama dari pertanggungjawaban hanyalah kesalahan (*schuld*), sehingga diperlukan pembedaan antara karakteristik perbuatan yang dijadikan tindak pidana dan karakteristik orang yang melakukannya. Aturan hukum dalam hukum pidana materiel mengenai pertanggungjawaban pidana berfungsi sebagai penentu syarat-syarat yang harus ada pada diri seseorang sehingga sah seseorang akan dijatuhi pidana.⁷⁰

Teori *dualistis* menekankan tentang kesengajaan, kesalahan, dan pertanggungjawaban pidana yang terpisah dengan sifat melawan hukum. Teori ini berpangkal tolak dari pandangan bahwa kesalahan dibedakan dengan tindak pidana karena kesalahan merupakan unsur pembentuk dari pertanggungjawaban pidana. Sementara unsur pembentuk tindak pidana hanyalah perbuatan, sehingga kesalahan bukan sebagai unsur dari tindak pidana. Sifat melawan hukum adalah unsur dari tindak pidana dalam wujudnya sebagai perbuatan yang bersifat melawan hukum. Kesalahan yang merupakan unsur dari pertanggungjawaban pidana, dan kesalahan harus dibedakan dengan tindak pidana. Apabila membahas tindak pidana, tidak akan membahas tentang kesalahan, dan apabila membahas pertanggungjawaban pidana tidak pula membahas tentang sifat melawan hukum tetapi harus membahas tentang kesalahan.⁷¹

Sifat melawan hukum dan kesalahan dalam hukum pidana yang berlaku di Indonesia, khususnya KUHP yang sampai sekarang masih berlaku menganut teori monistis yang menyatakan bahwa sifat melawan hukum (*wederrechtelijkheid*) dan kesalahan (*schuld*) merupakan unsur tindak pidana (*strafbaar feit*).⁷²

Di dalam perkembangannya, KUHP tidak menjelaskan hubungan pertanggungjawaban pidana dengan pembuat, tetapi pertanggungjawaban pidana hanya disinggung berkaitan dengan alasan pemaaf dan alasan pembenar yang merupakan bagian dari peniadaan pidana.

Peniadaan pidana sebagaimana yang dimaksud dalam Pasal 44, 48, 49, 50, dan 51 KUHP, memungkinkan seorang pembuat tindak pidana sebagai penjabaran dari *MvT*. Beberapa ahli hukum pidana yang tidak sependapat dengan teori monistis, berpendapat keadaan hukum pidana di Belanda dan Indonesia terjadi kejanggalan, meskipun kesalahan sebagai sifat mutlak bagi pertanggungjawaban pidana, tetapi dalam praktik kesengajaan dan kealpaan masing-masing dianggap sebagai unsur tindak pidana (*strafbaar feit*), dan bukan unsur pertanggungjawaban

⁶⁸ S.R. Sianturi, *Asas-Asas Hukum Pidana di Indonesia...*, *Op. Cit.*, hlm. 205.

⁶⁹ Chairul Huda, *Op. Cit.*, hlm. 16.

⁷⁰ *Ibid*, hlm. 15.

⁷¹ *Ibid*, hlm. 17.

⁷² A. Z. Abidin. *Hukum Pidana I*, cet. II (Jakarta: Sinar Grafika, 2007), hlm. 346.

pidana. Untuk membentuk kitab undang-undang dalam bahasa Indonesia, yang tidak akan mengukuhkan terus sistem yang digunakan dalam WvS terhadap unsur kesengajaan, oleh karena dalam teks Belanda tempatnya kesengajaan di dalam kalimat rumusan undang-undang, mempunyai arti tertentu berhubungan dengan soal kesengajaan (*welke element worden door het opzet beheerst*), tempat mana tentu tidak dapat dipertahankan.⁷³

Pendirian dan harapan ini didasarkan atas pandangan bahwa kesalahan dalam suatu kejahatan sebagai unsur pertanggungjawaban pidana dan bukan sebagai unsur tindak pidana (*strafbaar feit*). *Psychisch element* (unsur *psychis*) merupakan *schuldsuiter* (dasar kesalahan) adalah termasuk dalam kesalahan (*schuld*), maka tidak mungkin menggolongkan *psychisch element* pada *strafbaar feit daer*.⁷⁴

Pada sisi yang lain, di dalam ajaran/doktrin dualisme, pengertian tindak pidana semata menunjuk kepada perbuatan baik secara aktif maupun secara pasif. Sedangkan apakah pelaku ketika melakukan tindak pidana patut dicela atau memiliki kesalahan, tidak lagi merupakan wilayah tindak pidana tapi sudah masuk pada diskusi pertanggungjawaban pidana/kesalahan. Dengan lain perkataan, apakah *inkonkret* yang melakukan perbuatan tadi sungguh-sungguh dijatuhi pidana atau tidak, itu sudah diluar arti tindak pidana.⁷⁵

Pandangan yang memisahkan tindak pidana dengan pertanggungjawaban pidana, yaitu unsur utama dari pertanggungjawaban pidana hanyalah unsur kesalahan, dan kesalahan bukan sebagai unsur dari tindak pidana ini dikenal sebagai teori/asas *dualistis*. Ahli hukum pidana yang pertama kali yang mengemukakan teori *dualistis* adalah Herman Kantorowicz, seorang sarjana hukum pidana Jerman yang menulis buku yang berjudul *Tut und Schuld* pada tahun 1933.⁷⁶ Pandangan Moeljatno yang mengikuti pendapat Herman Kantorowicz ini banyak diikuti dan dikembangkan oleh ahli hukum pidana Indonesia di antaranya Roeslan Saleh, A. Z. Abidin, Barda Nawawi Arief dan Chairul Huda. Teori *dualistis* selain dipengaruhi oleh hukum pidana Jerman, juga banyak dipengaruhi oleh sistem hukum pidana yang dipakai oleh negara-negara Eropa Anglo-Saxon yang menggunakan *common law system*.

Adapun definisi tindak pidana menurut Naskah Akademis RKUHP adalah perbuatan melakukan atau tidak melakukan sesuatu yang oleh peraturan perundang-undangan dinyatakan sebagai perbuatan yang dilarang dan diancam dengan pidana. Untuk dinyatakan sebagai tindak pidana, selain perbuatan tersebut

⁷³ *Ibid*, hlm. 29.

⁷⁴ Moeljatno, *Asas-asas Hukum Pidana*, Op. Cit., hlm. 27.

⁷⁵ Moeljatno, *Perbuatan Pidana dan Pertanggungjawaban dalam Hukum Pidana*, Op. Cit., hlm. 11.

⁷⁶ Muladi dan Dwidja Priyatno. *Pertanggungjawaban Pidana Korporasi* (Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2010), hlm. 64.

dilarang dan diancam pidana oleh peraturan perundang-undangan, harus juga bersifat melawan hukum atau bertentangan dengan kesadaran hukum masyarakat.⁷⁷

Dasar untuk menyatakan suatu perbuatan sebagai tindak pidana atau bukan bertolak dari asas legalitas formal, namun demikian juga memberi tempat kepada hukum yang hidup/hukum tidak tertulis sebagai sumber hukum, rambu-rambunya yaitu sepanjang sesuai dengan nilai-nilai Pancasila dan/atau prinsip-prinsip hukum umum yang diakui oleh masyarakat bangsa-bangsa (nilai-nilai nasional dan internasional). Sesuai dengan nilai-nilai nasional yaitu Pancasila, artinya sesuai dengan nilai paradigma moral religius, nilai kemanusiaan, kebangsaan, demokrasi, dan nilai-nilai keadilan sosial. Sedangkan nilai-nilai internasional adalah mengacu/bersumber dari istilah *“the general principle of law recognized by the community of nations”* yang terdapat dalam Pasal 15 ayat (2) ICCPR (*International Covenant on Civil and Political Right*).⁷⁸

Dalam perkembangannya, RKUHP menganut teori *dualistis* sebagaimana tergambar pada Pasal 12 ayat (1) RKUHP yang mengatur bahwa, *“tindak pidana adalah perbuatan melakukan atau tidak melakukan sesuatu, yang oleh peraturan perundang-undangan diancam dengan pidana”*. Selanjutnya di dalam Pasal 12 ayat (2) RKUHP dinyatakan, *“untuk dinyatakan sebagai tindak pidana, suatu perbuatan yang diancam pidana oleh peraturan perundang-undangan harus juga bersifat melawan hukum atau bertentangan dengan hukum yang hidup dalam masyarakat”*. Hal mana selanjutnya di dalam Pasal 12 ayat (3) RKUHP dinyatakan, *“Setiap tindak pidana selalu dipandang bersifat melawan hukum, kecuali ada alasan pembenar”*.

Hal di atas semakin dipertegas dengan meletakkan rumusan pertanggungjawaban pidana dan kesalahan di dalam RKUHP tersebut. Di dalam Pasal 37 RKUHP dinyatakan, *“pertanggungjawaban pidana adalah kondisi terpenuhinya celaan yang objektif dan celaan yang subjektif untuk dapat dipidananya seseorang yang telah melakukan tindak pidana”*. Di mana selanjutnya berdasarkan Pasal 38A dinyatakan, *“pertanggungjawaban pidana meliputi unsur kemampuan bertanggung jawab, kesengajaan atau kealpaan, dan tidak ada alasan pemaaf”*. Adapun ketentuan mengenai “kesalahan” diatur di dalam Pasal 38 RKUHP yang berbunyi, *“tidak seorang pun yang melakukan tindak pidana dapat dipertanggungjawabkan tanpa adanya kesalahan”*.

Adapun mengenai tindak pidana dilakukan dengan “kesengajaan” dan “kealpaan”, di atur di dalam Pasal 40 RKUHP, yang berbunyi:

1. Seseorang hanya dapat dipertanggungjawabkan jika orang tersebut melakukan tindak pidana dengan sengaja atau karena kealpaan.

⁷⁷ Naskah Akademis RKUHP, *Op. Cit.*, hlm. 255.

⁷⁸ *Ibid.*

2. *Perbuatan yang dapat dipidana adalah perbuatan yang dilakukan dengan sengaja, kecuali peraturan perundang-undangan menentukan secara tegas bahwa suatu tindak pidana yang dilakukan dengan kealpaan dapat dipidana.*

Ketentuan di atas sejalan dengan RKUHP yang ada di dalam Naskah Akademik yang memfokuskan kepada 3 (tiga) masalah pokok dalam hukum pidana, yaitu tindak pidana, pertanggungjawaban pidana, serta pidana dan pemidanaan. Masing-masing merupakan subsistem dan sekaligus pilar-pilar dari keseluruhan bangunan sistem pemidanaan.

Dengan adanya rumusan asas perbuatan dan pembuatnya/pelakunya, yaitu asas yang mendasarkan kepada apa yang dilakukan dan siapa yang melakukannya, maka tindak pidana dan pertanggungjawaban pidana memperoleh pengaturan yang jelas. Adapun yang dimaksud dengan pertanggungjawaban pidana adalah diteruskannya celan yang secara objektif ada pada tindak pidana berdasarkan ketentuan hukum yang berlaku, dan secara subjektif kepada pembuat yang memenuhi syarat dalam undang-undang (pidana) untuk dapat dikenai pidana karena perbuatannya.⁷⁹

Dengan diteruskannya celan yang objektif ada pada tindak pidana berdasarkan ketentuan yang berlaku dan yang secara subjektif kepada pelaku yang memenuhi syarat-syarat dalam undang-undang (pidana) untuk dapat dipidana karena perbuatannya itu, maka timbullah hal pertanggungjawaban pidana. Masalahnya, apakah pelaku dapat dicela dengan dilakukannya perbuatan yang dilarang tersebut? Apabila dapat, maka berarti ia dapat dipidana, dalam hal dapat dibuktikan kesalahannya, baik dalam arti sengaja atau tidak karena kealpaannya.⁸⁰

Seseorang dikatakan bersalah apabila ia dapat dicela dipandang dari sudut kemasyarakatan, sebab ia dianggap semestinya dapat berbuat lain jika ia memang tidak ingin berbuat demikian, sedang yang dimaksud dengan kesalahan ialah keadaan jiwa seseorang yang melakukan perbuatan itu dalam hubungannya dengan perbuatannya, dan hubungan itu sedemikian hingga ia dapat dicela atas perbuatan tersebut.⁸¹

Apabila ia dapat dicela atas perbuatannya, maka ia dapat dipidana. Dengan demikian terlihat bahwa asas kesalahan merupakan asas yang fundamental dalam hukum pidana. Selain bahwa tidak dipidananya pelaku tindak pidana karena tidak adanya kesalahan padanya, maka juga terdapat alasan-alasan lain sebagai alasan untuk tidak dipidananya seseorang meskipun ia melakukan tindak pidana.⁸²

Alasan-alasan tersebut berupa alasan pemaaf (*schuld uitsluitingsgrond*), ialah alasan yang dihubungkan dengan kesalahan seseorang, sedang perbuatannya tetap

⁷⁹ *Ibid*, hlm. 29.

⁸⁰ *Ibid*.

⁸¹ *Ibid*.

⁸² *Ibid*, hlm. 30.

merupakan tindak pidana. Adapun alasan-alasan pemaaf ialah:⁸³

1. tidak dapat dipertanggungjawabkan pidana karena penyakit/gangguan jiwa;
2. tidak mengetahui adanya keadaan yang merupakan unsur tindak pidana;
3. daya paksa;
4. pembelaan terpaksa melampaui batas;
5. perintah jabatan yang tidak sah, yang dikira sah oleh pelaku berdasarkan itikad baik.

Selain adanya alasan pemaaf sebagai dasar hukum ditiadakannya pidana, adalah adanya alasan pembenar (*rechtvaardigingsgrond*), yaitu alasan yang menghilangkan sifat melawan hukum dari perbuatan yang merupakan tindak pidana. Dengan adanya alasan pembenar maka perbuatan tersebut pada kenyataannya merupakan tindak pidana, dan alasan-alasan tersebut adalah:⁸⁴

1. adanya peraturan perundang-undangan;
2. pelaksanaan perintah jabatan yang sah;
3. keadaan darurat;
4. pembelaan terpaksa;

Konsekuensi logis dari hal di atas, maka setiap tindak pidana selalu dilakukan dengan kesengajaan, kecuali tindak pidana tertentu yang dilakukan dengan kealpaan. Untuk membedakan tindak pidana yang dilakukan dengan sengaja dan kealpaan, RKUHP mengatur unsur kesengajaan tidak perlu dicantumkan dalam rumusan tindak pidana, yang dicantumkan dalam rumusan tindak pidana hanya unsur kealpaan, karena telah diatur dalam Pasal 40 ayat (2) RKUHP bahwa setiap tindak pidana dilakukan dalam kesengajaan kecuali undang-undang menentukan secara tegas bahwa suatu tindak pidana dilakukan dengan kealpaan.

Apabila pengaturan di atas dipikirkan lebih lanjut, dalam pemeriksaan di persidangan dapat menimbulkan implikasi, yaitu penuntut umum tidak perlu lagi membuktikan unsur kesengajaan, karena unsur kesengajaan tidak tercantum secara tegas dalam rumusan tindak pidana. Apabila mengikuti pendapat *dualistis*, yang dicantumkan hanya unsur kealpaan akan berimplikasi terjadinya perbedaan kualifikasi. Apabila unsur kealpaan yang tercantum secara eksplisit itu tidak terbukti, maka akan mengakibatkan putusan yang menyatakan pembuat dibebaskan (*vrисjpraak*). Unsur kesengajaan yang tidak tercantum secara eksplisit dalam rumusan tindak pidana, dan unsur kesengajaan sebagai unsur pertanggungjawaban tidak terbukti, akan mengakibatkan pembuat dinyatakan lepas dari segala tuntutan hukum (*ontslag van alle rechtsvervolging*).⁸⁵

⁸³ *Ibid.*

⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁵ *Ibid.*

Dalam praktik peradilan, pengaruh rumusan Pasal 191 ayat (2) KUHP begitu kuat terhadap putusan hakim dalam menentukan tidak terbuktinya tindak pidana dengan putusan bebas (*vrijspraak*) dan putusan yang menyatakan pembuat dilepaskan dari segala tuntutan hukum (*ontslag van alle rechtsvervolging*). Pertimbangan-pertimbangan yang dibuat oleh hakim terdapat perbedaan dalam menentukan unsur sifat melawan hukum. Pertimbangan hakim tentang “kesalahan” juga cukup menarik untuk dikaji dari pandangan ilmu hukum pidana.⁸⁶

Kajian mengenai sifat melawan hukum (*wederrechtelijkheid*), kesalahan (*schuld*), tindak pidana dan pertanggungjawaban pidana, diharapkan dapat menambah pendalaman ilmu hukum pidana. Diperlukan konsep-konsep hukum teori-teori hukum dan asas-asas hukum pidana agar kajian atau pembahasannya dapat diterapkan dalam perumusan tindak pidana dalam perundang-undangan maupun penerapan dalam praktik peradilan. Kurang mendalamnya pertimbangan tentang sifat melawan hukum (*wederrechtelijkheid*) dan perbedaan pandangan Hakim tentang sifat melawan hukum (*wederrechtelijkheid*) dan kesalahan (*schuld*) dalam putusannya, akan dapat mengakibatkan perbedaan putusan pengadilan apakah terdakwa akan dinyatakan bebas (*vrijspraak*) atau akan dinyatakan lepas dari segala tuntutan hukum (*ontslag van alle rechtsvervolging*).⁸⁷

Sekalipun demikian, usaha tersebut harus terus menerus dikembangkan sehingga manfaatnya dapat lebih komprehensif sejalan dengan pandangan Andi Hamzah, "pemisahan tersebut hanya penting diketahui oleh penuntut umum dalam penyusunan surat dakwaan, karena surat dakwaan cukup berisi bagian inti (*bestandeel*) delik dan perbuatan nyata terdakwa, jadi *actus reus saja*."⁸⁸ Mengingat pendapat di atas, maka dengan sendirinya juga sangat penting bagi penasihat hukum untuk menyusun pembelaan. Pada gilirannya Hakim juga perlu untuk memahami konsep ini dalam menyusun putusan.

C. Asas Tidak Berlaku Surut.

Mengenai asas "Ketentuan pidana dalam undang-undang tidak boleh berlaku surut." Berlaku surut dikenal juga dengan istilah “retroaktif”. Asas ini merupakan asas undang-undang hukum pada umumnya dan juga merupakan asas hukum pidana sebagaimana tercantum dalam Pasal 1 ayat 1 KUHP.

Larangan keberlakuan surut ini untuk menegaskan kepastian hukum bagi penduduk, yang selayaknya ia harus tahu perbuatan apa yang merupakan tindak pidana atau tidak. Selain itu, asas nonretroaktif ini juga disebutkan dalam Pasal 281 Undang-undang Dasar RI Tahun 1945, yang berbunyi:

⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸ Andi Hamzah, *Op. Cit.*, hlm. 90.

*“Hak untuk hidup, hak untuk tidak disiksa, hak kemerdekaan pikiran dan hati nurani, hak beragama, hak untuk tidak diperbudak, hak untuk diakui sebagai pribadi di hadapan hukum, dan **hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut** adalah hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun”*

Semula dianut bahwa setiap orang dianggap (suatu fiksi) mengetahui isi undang-undang. Tetapi kemudian anggapan ini ditinggalkan dan diganti dengan suatu pendapat bahwa: "Setiap orang terikat pada suatu Undang-undang sejak ia dinyatakan berlaku". Pendapat ini telah ditegaskan dalam putusan Mahkamah Agung pada tahun 1955⁸⁹. Berarti bahwa setiap orang "tidak perlu merasa terikat" kepada Undang-undang (dalam hal ini hukum pidana) untuk melakukan suatu tindakan tertentu yang belum/tidak diancam dengan pidana, walaupun kelak ditentukan sebagai tindak pidana. Dengan perkataan seandainya ia melakukan suatu tindakan tertentu yang baru kemudian hari terhadap tindakan yang serupa diancam dengan pidana, penindak tidak dapat dipidana atas dasar ketentuan yang baru itu. Jika konsekuen asas "tidak berlaku surut" dianut, dalam hal sebaliknya pun seharusnya berlaku hal yang sama. Misalnya dalam hal seseorang melakukan suatu tindakan yang diancam dengan pidana menurut undang-undang, kemudian ketentuan pidana itu dihapuskan, sebelum penindak diadili, seharusnya penindak tetap dipidana berdasarkan ketentuan pidana (yang lama) yang berlaku pada saat tindakan dilakukan. Bukankah "ketentuan penghapusan pidana yang baru" itu, juga tidak boleh berlaku surut?⁹⁰ Penyimpangan dari asas nonretroaktif ini dalam KUHP sendiri diatur di dalam Pasal 1 ayat (2) KUHP, yang menyatakan: *“Suatu hukum yang lebih baru dapat berlaku surut, sepanjang hukum yang baru itu lebih menguntungkan bagi tersangka daripada hukum yang lama”*. Pasal ini berlaku apabila seorang pelanggar hukum pidana belum diputus perkaranya oleh hakim dalam putusan terakhir. Ternyata sebagaimana ditentukan dalam Pasal 1 ayat (2) KUHP, asas "tidak berlaku surut" tersebut, tidak secara mutlak dianut.⁹¹

D. Asas Larangan Penggunaan Analogi.

Mengenai asas "Dilarang menggunakan analogi" dalam penerapan hukum pidana. Menggunakan analogi dalam hukum pidana berarti: menganggap "sesuatu" sebagai termasuk dalam pengertian dari suatu istilah/ketentuan Undang-undang hukum pidana, karena "sesuatu" itu banyak sekali kemiripannya atau kesamaannya dengan istilah/ketentuan tersebut. Dengan perkataan lain analogi terjadi, bilamana menganggap bahwa sesuatu peraturan hukum tertentu juga meliputi suatu hal yang

⁸⁹ Wirjono Prodjodikoro. *Azas-Azas Hukum Pidana di Indonesia* (Jakarta: Eresco, 1981), hal. 33.

⁹⁰ E.Y. Kanter dan S.R. Sianturi. *Asas-asas Hukum Pidana di Indonesia dan Penerapannya* (Jakarta: Stora Grafika, 2002), hlm. 76.

⁹¹ *Ibid.*

banyak kemiripannya/kesamaannya dengan yang telah diatur, padahal semulanya tidak demikian. Analogi biasanya terjadi dalam hal-hal ada "sesuatu" yang pada saat pembuatan sesuatu peraturan hukum, "sesuatu yang baru" itu tidak terpikirkan atau tidak mungkin dikenal oleh pembuat Undang-undang pada zaman itu.⁹²

Contoh terkenal mengenai penerapan analogi adalah tentang pencurian aliran listrik. Dipersoalkan apakah aliran listrik dianggap sebagai barang, dan apakah telah terjadi tindakan "mengambil"? HR (Hoge Raad) telah memutuskan bahwa aliran listrik termasuk dalam pengertian barang dan dengan demikian telah terjadi "pengambilan" sesuai istilah yang digunakan Pasal 362 KUHP, walaupun pada kenyataannya yang terjadi adalah penyalurannya. Pertimbangan HR adalah, bahwa maksud Pasal 362 KUHP adalah untuk melindungi harta orang lain, tanpa merumuskan apa yang dimaksud dengan barang (*arrest* HR tanggal 23 Mei 1921 W. 10728).⁹³

Di kalangan para sarjana, terdapat perbedaan pandangan tentang boleh/tidaknya menggunakan analogi. Mereka yang berpegang teguh pada asas legalitas pada umumnya tidak dapat menerima penggunaan analogi.⁹⁴ Sehubungan dengan dua contoh terdahulu, Tavarne berpendapat, bahwa penggunaan analogi telah dilakukan oleh HR yang juga disetujuinya. Dalam hal ini HR dianggap bertindak sebagai pembentuk Undang-undang (*rechts-vinding*)⁹⁵). Sebaliknya walaupun Van Hattum menyetujui putusan HR tersebut, namun beliau tidak sependapat bahwa dalam pengambilan putusan tersebut telah digunakan analogi. Selanjutnya Pompe mengatakan antara lain: "Pada umumnya analogi diperbolehkan dalam hal penyempurnaan undang-undang."⁹⁶

Ada yang melihat penggunaan analogi sebagai penyelesaian pertentangan yang terdapat dalam "tubuh" kepastian hukum yang dilindungi oleh Pasal I KUHP. Pertentangan tersebut terjadi antara kepentingan hukum individu dan kepentingan hukum masyarakat. Dari contoh pencurian aliran listrik misalnya, dapat dikatakan pada saat putusan dijatuhkan, kepentingan hukum individu telah dirugikan karena mengutamakan kepentingan masyarakat. Dan seandainya "contoh perandaian" tersebut di atas adalah suatu kenyataan, maka di sini pun jelas sekali ternyata pengutamaan kepentingan masyarakat, dengan sedikit mengesampingkan kepastian hukum.

Wirjono⁹⁷ mengemukakan pandangan pribadinya dengan menuliskan antara lain: "tetapi juga dapat dimengerti, bahwa tidak selalu memuaskan, apabila analogi

⁹² *Ibid.*

⁹³ Schreuder. *Het Wetboek van Strafrecht*, A.W. Sijthoff Uitgevers Maatschappij NV. Leiden, 1951, hlm. 100.

⁹⁴ Schreuder, *Op. Cit.* hlm. 81.

⁹⁵ Wirjono, *Op. Cit.* hal. 37.

⁹⁶ Pompe, *Op. Cit.* hal. 49.

⁹⁷ Wirjono, *Op. Cit.* hal. 38.

dilarang. Adakalanya dirasakan benar-benar sebagai adil, apabila dalam suatu hal tertentu analogi itu diperbolehkan". Selanjutnya dikatakan: "saya rasa, ukuran bagi boleh atau tidaknya suatu analogi adalah, apakah analog *inconcreto* tidak bertentangan dengan yang sekadar dapat diketahui dari maksud dan tujuan pembentuk Undang-undang dalam merumuskan ketentuan-ketentuan hukum pidana yang bersangkutan".

Jika diperhatikan benar-benar, analogi adalah merupakan penyelundupan terhadap asas kedua melalui asas pertama Pasal 1 ayat (1) KUHP. Artinya "sesuatu hal" dianggap termasuk dalam pengertian peraturan hukum (Undang-undang) yang sudah ada. Dengan demikian sesuatu hal itu dianggap sebagai merupakan peraturan hukum, yang mulai berlaku sejak berlakunya peraturan hukum, yang diboncenginya. Anggapan ini adalah suatu konstruksi hukum, yang dikehendaki oleh mereka yang memegang teguh asas legalitas, untuk mengatasi kebutuhan-kebutuhan baru.⁹⁸

⁹⁸ E.Y. Kanter dan S.R. Sianturi, *Op. Cit.*, hlm. 78.

III.

KESALAHAN, PERTANGGUNGJAWABAN PIDANA DAN SIFAT MELAWAN HUKUM

A. Pengertian Kesalahan dan Pertanggungjawaban Pidana

Dalam bahasa asing, pertanggungjawaban pidana disebut juga sebagai "*toerekenbaarheid*", "*criminal responsibility*", "*criminal liability*". Mengenai apa yang dimaksud dengan kemampuan bertanggungjawab (*toerekeningsvatbaarheid*) ini, KUHP tidak merumuskannya secara tegas, sehingga harus dicari dalam doktrin yang ada. Hal mana selanjutnya untuk adanya pertanggungjawaban pidana, suatu syarat yang diperlukan adalah si pembuat harus mampu bertanggung jawab, dengan kata lain harus ada kemampuan bertanggung jawab dari si pembuat.

Secara sederhana, didasarkan kepada doktrin yang ada, tidak ada kemampuan bertanggungjawab pada si pembuat, apabila:

1. Si pembuat tidak ada kebebasan untuk memilih antara berbuat dan tidak berbuat mengenai apa yang dilarang atau diperintahkan oleh undang-undang;
2. Si pembuat ada dalam suatu keadaan yang sedemikian rupa, sehingga tidak dapat menginsafi bahwa perbuatannya itu bertentangan dengan hukum dan tidak dapat menentukan akibat perbuatannya.

Adapun yang menjadi persoalan dalam kemampuan bertanggungjawab adalah apakah seseorang itu merupakan "*norm addressat*" (sasaran norma) yang mampu. Seseorang dianggap (*supposed*) dasarnya terdakwa pada bertanggungjawab, kecuali dinyatakan sebaliknya. KUHP tidak memuat perumusan mengenai kapan seseorang mampu bertanggungjawab, tetapi hanya memuat ketentuan yang menunjuk ke arah itu, seperti ditentukan dalam Buku I, Bab III, Pasal 44 KUHP, yang berbunyi: "*barang siapa melakukan perbuatan yang tidak dapat dipertanggungjawabkan kepadanya, karena jiwanya cacat dalam tumbuhnya atau terganggu jiwanya karena penyakit, tidak dipidana*".

Ketentuan pasal ini sebenarnya tidak memuat apa yang dimaksud dengan "tidak mampu bertanggungjawab", tetapi hanya memuat suatu alasan yang terdapat pada diri si pembuat, sehingga perbuatan yang dilakukannya itu tidak dapat dipertanggungjawabkan kepadanya. Alasan itu berupa keadaan pribadi si pembuat

yang bersifat biologis, yaitu "jiwanya cacat dalam tumbuhnya atau terganggu karena penyakit". Dalam keadaan yang demikian itu, si pembuat tidak punya kebebasan kehendak dan tidak dapat menentukan kehendaknya terhadap perbuatannya. Jadi, alasan tidak keadaan tersebut dapat menjadi dipertanggungjawabkannya si pembuat atas perbuatannya. Dapat dikatakan, pasal ini memuat syarat-syarat kemampuan bertanggungjawab seseorang secara negatif.⁹⁹

Jika dilakukan elaborasi lebih lanjut terhadap Pasal 44 KUHP itu, maka akan terlihat dua hal, yaitu: a. Penentuan bagaimana keadaan jiwa si pembuat. Yang bisa dan berwenang menentukan keadaan jiwa si pembuat pada saat ia melakukan perbuatan adalah dokter penyakit jiwa (psikiater); b. Menentukan hubungan kausal antara keadaan jiwa yang demikian itu dengan perbuatannya. Hal mana pada akhirnya yang berwenang untuk menentukan hal ini adalah Hakim yang memeriksa perkara tersebut.

Lebih lanjut dalam ketentuan Pasal 44 KUHP tersebut dapat dikatakan bahwa sistem yang dipakai dalam KUHP dalam menentukan tidak dapat dipertanggungjawabkannya si pembuat adalah deskriptif-normatif. "Deskriptif", karena keadaan jiwa itu digambarkan "menurut apa adanya" oleh Psikiater, dan "normatif", karena hakimlah yang menilai berdasarkan hasil pemeriksaan tadi, sehingga dapat menyimpulkan mampu dan tidak mampunya tersangka untuk bertanggungjawab atas perbuatannya, "Mempertanggungjawabkan" adalah suatu pengertian yang normatif.

Keadaan jiwa yang terganggu karena penyakit, ada pada mereka yang disebut "psychose". Tidak dapat dimasukkan dalam pengertian Pasal 44 KUHP tersebut adalah "cacat kemasyarakatan", misalnya keadaan seseorang yang karena kurang pendidikan atau telantar menjadi liar dan kejam. Demikian juga keadaan seseorang yang mempunyai watak yang sangat perasa dan mudah tersinggung.¹⁰⁰

Selanjutnya Sudarto,¹⁰¹ membedakan antara "tidak mampu bertanggungjawab untuk sebagian" dan "kekurangan kemampuan untuk bertanggungjawab".

Tidak mampu bertanggungjawab untuk sebagian (*gedeeltelijke ontoerekeningsvatbaarheid*), misalnya:

1. *Kleptomania*, ialah penyakit jiwa yang berupa dorongan yang kuat dan tak tertahan untuk mengambil barang orang lain, tetapi tak sadar bahwa perbuatannya terlarang. Biasanya barang yang dijadikan sasaran itu hanya barang tertentu saja, tidak terhadap seluruh barang. Sebagai contoh: mengambil pulpen milik orang lain, tetapi tidak mengambil barang jenis lain seperti *handphone*, motor, dan lain-lain.

⁹⁹ R. Sudarto. *Hukum Pidana I* (Semarang: Yayasan Sudarto Fakultas Hukum Undip Semarang, 1990), hlm. 94-95.

¹⁰⁰ *Ibid*, hlm. 95-96.

¹⁰¹ *Ibid*, hlm. 96-97.

2. *Pyromania*, ialah penyakit jiwa yang berupa kesukaan untuk melakukan pembakaran tanpa alasan sama sekali. Sebagai contoh: membakar kertas yang berakibat terbakarnya motor milik orang lain.
3. *Claustrophobia*, ialah penyakit jiwa yang berupa ketakutan untuk berada di ruang yang sempit. Sebagai contoh: penderitaanya dalam keadaan tersebut, lalu memecahkan kaca jendela rumah orang lain.

Dalam keadaan-keadaan tersebut di atas, mereka yang dihindangi penyakit itu dapat tidak dipertanggung jawabkan atas perbuatannya, sepanjang ada hubungan dengan penyakit itu. Kalau antara penyakit dan perbuatannya tidak ada hubungannya, maka mereka tetap dapat dipidana. Misalnya, seorang pelaku *kleptomania* melakukan pembunuhan; seorang pelaku *pyromania* yang merampok; seorang yang menderita *claustrophobia* mencuri uang. Perbuatan-perbuatan mereka tersebut tidak ada hubungannya secara kausalitas dengan penyakitnya, sehingga mereka dianggap mampu bertanggungjawab secara penuh.

A. Z. Abidin mengatakan, bahwa kebanyakan undang-undang merumuskan syarat kesalahan secara negatif. KUHP di seluruh dunia pada umumnya tidak mengatur tentang kemampuan bertanggungjawab, namun yang diatur ialah kebalikannya, yaitu ketidakmampuan bertanggungjawab.¹⁰² Demikian halnya dengan ketentuan Pasal 44 KUHP yang berbunyi:

1. *Barang siapa melakukan perbuatan yang tidak dapat dipertanggungjawabkan padanya, disebabkan karena jiwanya cacat dalam tumbuhnya (gebrekkige ontwikkeling) atau terganggu karena penyakit, tidak dipidana.*
2. *Jika ternyata bahwa perbuatan tidak dapat dipertanggungjawabkan padanya disebabkan karena jiwanya cacat dalam tumbuhnya atau terganggu karena penyakit, maka hakim dapat memerintahkan supaya orang itu dimasukkan kedalam rumah sakit jiwa, paling lama satu tahun sebagai waktu percobaan.*

Pasal ini menentukan bahwa pelaku perbuatan pidana baru bisa dianggap tidak mampu bertanggung jawab atas perbuatannya, apabila dalam dirinya terjadi salah satu di antara dua hal, yaitu:¹⁰³

1. Jiwa pelaku mengalami cacat mental sejak pertumbuhannya, hingga akalnya menjadi kurang sempurna untuk membedakan antara yang baik dan yang buruk. Contohnya adalah tuna grahita/mental retardasi yang melakukan tindak pidana.
2. Jiwa pelaku mengalami gangguan kenormalan yang disebabkan oleh suatu penyakit, hingga akalnya menjadi kurang berfungsi secara sempurna atau

¹⁰² A. Z. Abidin, *Hukum Pidana I, Op.Cit.*, hlm. 260. Lihat juga Roeslan Saleh, *Perbuatan... Op. Cit.*, hlm. 82.

¹⁰³ M. Abdul Kholiq. *Buku Pedoman Kuliah Hukum Pidana* (Yogyakarta: Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia, 2002), hlm. 130.

kurang optimal untuk membedakan hal-hal yang baik dan yang buruk. Contohnya adalah orang gila yang melakukan tindak pidana.

Terkait dua indikator kemampuan bertanggungjawab yang dirumuskan secara negatif di atas, Satochid Kartanegara menyatakan bahwa terdapat tiga metode untuk menentukan seseorang tidak dapat dipertanggungjawabkan terhadap tindak pidana yang dilakukannya, yaitu:¹⁰⁴

“*Pertama*, metode biologis. Pada metode yang pertama ini psikiater akan menyatakan bahwa terdakwa sakit jiwa atau tidak. Jika jawabannya adalah iya, maka terdakwa akan dipidana karena dia dinyatakan mampu bertanggung jawab atas tindak pidana yang telah dilakukannya. *Kedua*, metode psikologis. Pada metode yang kedua ini hubungan antara keadaan jiwa yang abnormal dengan perbuatannya menjadi penting. Akibat jiwa terhadap perbuatan seseorang menjadi penentu apakah orang tersebut dikatakan mampu bertanggung jawab dan pidana yang dijatuhkan secara teoretis dibenarkan. *Ketiga*, metode campuran antara biologis-psikologis. Pada metode yang ketiga ini, di samping memerhatikan keadaan jiwa seseorang, juga keadaan jiwa tersebut dinilai dengan perbuatannya untuk dinyatakan mampu tidaknya orang tersebut bertanggung jawab”.

Dalam perkembangannya, tiga metode yang dikemukakan oleh Satochid¹⁰⁵ tersebut mengalami modifikasi seiring dengan munculnya isu disabilitas. Berdasarkan kategorisasinya, terdapat lima kategori disabilitas, yaitu; (a) kategori intelektual yang jenisnya meliputi tuna grahita/mental retardasi dan *slow learner*; (b) kategori mobilitas yang jenisnya meliputi gangguan gerak (tunadaksa), gangguan anggota tubuh (kaki, tangan, dan lain-lain), *cerebral palsy*, *spinal cord injury*, *spinal bifida*, polio, *para plegia*, *hemy plegia*, dan amputas, (c) kategori psikososial yang jenisnya meliputi *attention defisit and hyperactivity disorder*; gangguan konsentrasi dan hiperaktif, kleptomania, sakit jiwa (*mentaly ill*), *schizopren*, psikotik, *delussion* (waham kebesaran), halusinasi, depresi, bipolar, *double personality*, *multiple personalty*, psikosomatik, dan tunalaras, (d) kategori sensoris yang jenisnya meliputi gangguan pendengaran (tunarungu), gangguan penglihatan (tunanetra), *low vision*, *total blind* dan kusta dan (e) kategori komunikasi yang jenisnya meliputi gangguan wicara, gangguan pendengaran,

¹⁰⁴ Satochid Kartanegara. “Hukum Pidana, Kumpulan Kuliah dan Pendapat-pendapat Para Ahli Hukum Pidana, Bagian Satu”, (Balai Lektur Mahasiswa, tt), hlm. 248-249.

¹⁰⁵ *International Clasiffication of Functioning* (ICF) menjelaskan dengan sangat tegas bahwa orang dikatakan mengalami disabilitas bukan hanya ditentukan dari individu dengan disabilitas bersangkutan, tetapi dari bagaimana lingkungan dapat menyesuaikan diri dengan individu yang mengalami disabilitas tersebut. ICF mendefinisikan orang dapat dikatakan mengalami disabilitas bila memenuhi tiga hal: (1) ada kerusakan pada fungsi tubuh, (2) ada hambatan beraktivitas, (3) ada halangan berpartisipasi.

tunagrahita berat, dan *celebral palsy* khusus yang mengalami gangguan otot mulut.¹⁰⁶

Selanjutnya nanti di dalam RKUHP, kemampuan bertanggungjawab tidak hanya dua hal sebagaimana dalam KUHP, tapi diperluas ruang lingkupnya, yaitu:

Pasal 40 RKUHP berbunyi:

Setiap orang yang pada waktu melakukan tindak pidana menderita gangguan jiwa, penyakit jiwa atau retardasi mental, tidak dapat dipertanggungjawabkan dan dijatuhi pidana, tetapi dapat dikenakan tindakan.

Pasal 41 RKUHP berbunyi:

Setiap orang yang pada waktu melakukan tindak pidana kurang dapat dipertanggungjawabkan karena menderita gangguan jiwa, penyakit jiwa, atau retardasi mental, pidananya dapat dikurangi atau dikenakan tindakan.

Pasal 40 RKUHP di atas menentukan, bahwa tidak dapat dipertanggungjawabkan seseorang dalam hukum pidana ditandai oleh adanya gangguan jiwa, penyakit jiwa dan retardasi mental. Tiga hal yang sama juga menjadi pertanda orang kurang mampu bertanggung jawab, sebagaimana di atur dalam Pasal 41 RKUHP.

Dengan perkataan lain apakah terdakwa akan dipidana atau dibebaskan. Jika ia dipidana, harus ternyata bahwa tindakan yang dilakukan itu bersifat melawan hukum dan terdakwa mampu bertanggung jawab. Kemampuan tersebut memperlihatkan kesalahan dari penindak yang berbentuk kesengajaan atau kealpaan Artinya tindakan tersebut tercela dan tertuduh menyadari tindakan yang dilakukan tersebut.

Hubungan penindak dengan tindakannya ditentukan oleh kemampuan bertanggungjawab dari penindak. Ia menginsafi hakikat dari tindakan yang akan dilakukannya, dapat mengetahui ketercelaan dari tindakannya dan dapat menentukan apakah akan dilakukannya tindakan tersebut atau tidak. Jika ia menentukan (akan) melaksanakan tindakan itu, maka bentuk hubungan itu adalah "sengaja" atau "alpa". Dan untuk penentuan tersebut, bukan sebagai akibat atau dorongan dari sesuatu, yang jika demikian penentuan itu berada di luar kehendaknya sama sekali.

Dengan perkataan lain untuk mengambil penentuan itu, bukan karena adanya pemaksaan baik dari luar maupun dari dalam dirinya, untuk mana akan terhapus kesalahannya. Atau dengan memakai istilah Roeslan Saleh, tiada terdapat "alasan pemaaf". Kesemuanya yang diuraikan di atas yaitu kemampuan bertanggung jawab, bentuk kehendak dengan sengaja atau alpa, tiada terhapus kesalahannya

¹⁰⁶ Uraian lengkap mengenai kategori disabilitas, jenis, kendala dan hambatan khusus, baca "Peradilan yang *Fair* bagi penyandang Disabilitas", Pusham UII, Yogyakarta, 2014.

atau tiada terdapat alasan pemaaf, adalah termasuk dalam pengertian kesalahan (*schuld*) menurut Roeslan Saleh.¹⁰⁷

Jika berbicara tentang pertanggungjawaban pidana maka tidaklah dapat dilepaskan dari adanya unsur “kesalahan”, hal ini berkenaan dengan suatu asas fundamental dalam mempertanggungjawabkan pelaku karena melakukan tindak pidana, yaitu dengan asas “tiada pidana tanpa kesalahan”.

Menurut Simons yang dikutip oleh Roeslan Saleh:¹⁰⁸ “Bahwa “kesalahan” adalah keadaan *psychis* orang yang melakukan perbuatan dan hubungannya dengan perbuatan, yang dilakukan sedemikian rupa, sehingga orang itu dapat dicela karena perbuatan tersebut. Dalam hal ini yang harus diperhatikan adalah: (1) keadaan batin dari orang yang melakukan perbuatan itu; (2) hubungan antara keadaan batin itu dengan perbuatan yang dilakukan sedemikian rupa, sehingga orang itu dapat dicela karena perbuatan tadi. Kedua hal tersebut terjalin erat satu dengan yang lain dan merupakan hal yang dinamakan kesalahan”.

Senada dengan pendapat Simons, menurut Sutorius¹⁰⁹ dalam tulisannya yang berjudul *Het Schuldbeginssel/Opzet en de Varianten Daarvan*, mengatakan: “Bahwa orang tidak dapat bicara tentang kesalahan tanpa adanya perbuatan tercela atau yang tidak patut. Karena itu di dalam asas tiada pidana tanpa kesalahan itu diartikan sebagai tiada pidana tanpa perbuatan tidak patut yang objektif yang dapat dicelakan kepada pelakunya. Kesalahan memandang hubungan antara perbuatan tidak patut dan pelakunya sedemikian rupa, sehingga perbuatan itu dalam arti yang sesungguhnya merupakan perbuatannya.

Dalam hal ini, Roeslan Saleh berpendapat:¹¹⁰

“Bahwa untuk menentukan adanya kemampuan bertanggungjawab itu ditentukan pertama-tama oleh akal, yaitu dapat atau mampu membedakan antara perbuatan yang diperbolehkan dan yang tidak diperbolehkan. Tetapi mengenai faktor kedua, yaitu faktor kehendak bukanlah merupakan faktor dalam menentukan mampu tidaknya orang bertanggungjawab”.

Dikatakan demikian, karena menurut Roeslan Saleh:¹¹¹

“Kehendak itu bergantung dan merupakan kelanjutan saja dari akal, yaitu bilamana akalnya sehat dan normal, artinya bilamana seorang itu mampu membedakan antara perbuatan yang diperbolehkan dan yang tidak diperbolehkan, maka oleh hukum diharuskanlah orang itu menentukan kehendaknya sesuai dengan yang diperbolehkan oleh hukum. Karenanya,

¹⁰⁷ Roeslan Saleh, *Perbuatan pidana...*, Op. Cit., hlm. 71.

¹⁰⁸ *Ibid*, hlm. 78.

¹⁰⁹ E.Ph. Sutorius, “Het Schuldbeginssel/Opzet en de Varianten Daarvan”, Alih Bahasa Wonosutanto, (Bahan Penataran Hukum Pidana Angkatan I, Semarang, FH-UNDIP, 6 - 28 Agustus 1987), hlm. 2.

¹¹⁰ Roeslan Saleh, *Perbuatan pidana...*, Op. Cit., hlm. 80.

¹¹¹ *Ibid*.

maka faktor kehendak bukanlah merupakan faktor yang menentukan kemampuan bertanggungjawab, yaitu yang menentukan mampu atau tidaknya bertanggungjawab, melainkan hanya merupakan salah satu faktor yang ikut menentukan kesalahan, yaitu salah satu unsur dari kesalahan”.

Pembahasan lebih lanjut tentang pertanggungjawaban pidana ini menunjukkan adanya pandangan-pandangan monistis dan dualistis. Pandangan yang monistis ini antara lain dikemukakan oleh Simons yang merumuskan “tindak pidana sebagai suatu perbuatan hukum yang diancam dengan hukuman, bertentangan dengan hukum, dilakukan oleh seorang yang bersalah dan orang itu dianggap bertanggungjawab atas perbuatannya”. Menurut aliran monisme ini, unsur-unsur perbuatan atau disebut unsur objektif, maupun unsur pembuat (subjektif). Dengan dicampurnya unsur perbuatan dan unsur pembuatnya, maka dapat dikatakan bahwa tindak pidana disatukan dengan syarat-syarat penjatuhan pidana. Sehingga seolah-olah dianggap bahwa kalau terjadi tindak pidana, maka pelakunya pasti dapat dipidana.

Menyinggung tentang pertanggungjawaban pidana, Barda Nawawi Arief menyatakan pula:¹¹²

“Bahwa untuk adanya pertanggungjawaban pidana, harus jelas terlebih dahulu siapa yang dapat dipertanggungjawabkan. Ini berarti harus dipastikan lebih dahulu siapa yang dinyatakan sebagai pembuat untuk suatu tindakan tertentu. Masalah ini menyangkut masalah subjek tindak pidana yang pada umumnya sudah dirumuskan oleh pembuat undang-undang untuk tindak pidana yang bersangkutan”.

Namun dalam kenyataannya, untuk memastikan siapa pembuat adalah tidak mudah. Kemudian setelah pembuat ditetapkan, bagaimana selanjutnya mengenai pertanggungjawaban pidananya? Oleh karena permasalahan dalam menentukan pertanggungjawaban pidana ini merupakan segi lain dari subjek tindak pidana yang dapat dibedakan dari masalah si pembuat. Artinya pengertian subjek tindak pidana dapat meliputi dua hal, yaitu siapa yang melakukan tindak pidana (pembuat) dan siapa yang dapat dipertanggungjawabkan. Pada umumnya yang dapat dipertanggungjawabkan dalam hukum pidana adalah si pembuat, tapi tidaklah selalu demikian. Masalah ini tergantung juga pada cara atau sistem perumusan pertanggungjawaban yang ditempuh oleh pembuat undang-undang”.¹¹³

Pompe, mengatakan bahwa ada kesalahan jika perbuatan yang dilakukan oleh terdakwa *verwijtbaar* (dapat dicela) dan *vermijdbaar* (dapat dihindari). Mezger menerangkan bahwa kesalahan adalah adanya syarat-syarat yang mendasarkan celaan pribadi terhadap orang yang melakukan perbuatan. Sementara menurut Moeljatno, kesalahan adalah adanya keadaan psikis yang tertentu pada orang yang

¹¹² Barda Nawawi Arief, “Masalah Pidanaan Sehubungan dengan Perkembangan Delik-delik Khusus dalam Masyarakat Modern”, *Op. Cit.*, hlm. 105 – 107.

¹¹³ *Ibid.*

melakukan perbuatan pidana dan adanya hubungan antara keadaan tersebut dengan perbuatan yang dilakukan yang sedemikian rupa, hingga orang itu dapat dicela karena melakukan perbuatan tadi. Dengan demikian, untuk adanya kesalahan harus dipikirkan dua hal di samping melakukan perbuatan pidana, yaitu: pertama, adanya keadaan psikis (batin) yang tertentu, dan kedua, adanya hubungan yang tertentu antara keadaan batin tersebut dengan perbuatan yang dilakukan, hingga menimbulkan celaan tadi.¹¹⁴

Mengenai masalah keadaan batin orang yang melakukan perbuatan adalah apa yang dalam teori merupakan masalah "kemampuan bertanggungjawab" (*toerekeningsverbaardheid*). Ini adalah dasar yang penting untuk adanya kesalahan, sebab bagaimanapun juga, keadaan jiwa terdakwa harus demikian rupa hingga dapat dikatakan sehat/normal. Hanya terhadap orang-orang yang keadaan jiwanya normal sajalah, dapat kita harapkan akan mengatur tingkah lakunya sesuai dengan pola yang telah dianggap baik dalam masyarakat. Sebab kalau keadaan jiwanya normal, tentu fungsinya pun normal pula. Sebaliknya, kalau keadaan jiwanya tidak normal, fungsinya juga tidak baik, sehingga ukuran-ukuran yang berlaku dalam masyarakat tidak sesuai baginya. Bagi mereka tidak ada guna diadakan pertanggungjawaban. Mereka harus dirawat atau dididik dengan cara yang tepat. Bahwa mereka ini tidak dapat dipertanggungjawabkan, dinyatakan dalam Pasal 44 KUHP.¹¹⁵

Mengenai **hubungan antara keadaan jiwa dengan perbuatan** yang dilakukan, yang menimbulkan celaan. Hal ini terkait dengan masalah, apakah perbuatan pidana yang telah dilakukan, juga diinsafi, dimengerti oleh si pelaku? Apakah tidak ada salah paham atau salah sangka disitu? Hal ini berhubungan dengan kesengajaan (*opzet, dolus*). Perbuatan-perbuatan yang dilakukan dengan penuh keinsafan atau yang dilakukan dengan kesengajaan dinamakan *delik dolus*. Di samping itu ada yang dinamakan *delik culpa* yaitu delik yang dilakukan dengan kealpaan, yang menurut wujudnya ada dua macam, yaitu: *delik culpa* yang sesungguhnya dan *delik culpa* yang tidak sesungguhnya.

Delik culpa yang sesungguhnya adalah delik yang dirumuskan secara material dimana akibat yang dilarang tidak diinsafinya lebih dulu bahwa akan terjadi, pendek kata tidak disengaja oleh terdakwa, tetapi akibat tersebut mungkin akan bisa timbul karena dia alpa atau lalai untuk melakukan kewajiban-kewajiban dilakukan olehnya supaya akibat tidak timbul. Contoh: Pasal 188 KUHP (Menimbulkan kebakaran karena kealpaan).

Delik culpa yang tidak sesungguhnya, adalah delik formal, dimana sesuatu unsur tidak dimengerti sebagai demikian, tetapi cukuplah kalau tidak diinsafi unsur tersebut disebabkan karena kealpaan atau kelalaian. Sebenarnya, *delik culpa* yang

¹¹⁴ Moeljatno, *Op. Cit.*, hlm. 170-171.

¹¹⁵ *Ibid*, hlm. 172-173.

tidak sesungguhnya ini adalah delik *dolus*, dimana sesuatu keadaan yang menyertai perbuatan di *culpa*-kan. Misalnya dalam Pasal 480 KUHP (penadahan), apabila barang-barang yang dibelinya itu diketahui berasal dari kejahatan itu disebut penadahan *dolus* (*opzettelijke heling*). Kalau asal barang tersebut tidak diketahuinya, akan tetapi tidak tahunya itu disebabkan karena kealpaan atau kelalaian maka di situ ada penadahan yang *culpa* (*culpose heling*). Keduanya, baik yang *dolus* maupun yang *culpa* diatur dalam Pasal 480 KUHP. Begitu pula dengan Pasal 287 ayat (1) KUHP: Bersetubuh dengan wanita di luar perkawinan, padahal diketahui atau sepatutnya harus diduganya bahwa umurnya belum 15 tahun, atau kalau umurnya tidak jelas, bahwa belum waktunya untuk dikawini, diancam dengan pidana penjara paling lama sembilan tahun.¹¹⁶

Menurut Sudarto, pengertian kesalahan meliputi:¹¹⁷

1. Kesalahan dalam arti yang seluas-luasnya, yang dapat disamakan dengan pengertian "pertanggung-jawaban dalam hukum pidana"; di dalamnya terkandung makna dapat dicelanya (*verwijtbaarheid*) si pembuat atas perbuatannya. Apabila orang dikatakan bersalah melakukan suatu tindak pidana, maka itu berarti bahwa ia dapat dicela atas perbuatannya.
2. Kesalahan dalam pengertian yuridis, yaitu bentuk kesalahan (*schuldvorm*) yang berupa "kesengajaan". (*dolus*, *opzet*, *vorzats* atau *intention*) atau "kealpaan" (*culpa*, *onachtzaamheid*, *negligentie*, *fahrlässigkeit* atau *negligence*).
3. Kesalahan dalam arti sempit, ialah kealpaan (*culpa*) seperti yang disebutkan dalam b. di atas. Pemakaian istilah "kesalahan" dalam arti ini sebaiknya dihindarkan dan digunakan saja istilah "kealpaan".

Selanjutnya Sudarto mengatakan bahwa kesalahan (dalam arti yang seluas-luasnya) terdiri atas beberapa unsur, yaitu:¹¹⁸

1. Adanya kemampuan bertanggung jawab pada si pembuat. Artinya keadaan jiwa si pembuat harus normal.
2. Hubungan batin antara si pembuat dengan perbuatannya, yang berupa kesengajaan (*dolus*) atau kealpaan (*culpa*).
3. Tidak adanya alasan yang menghapus kesalahan atau tidak ada alasan pemaaf.

Kalau ketiga unsur ini ada, maka orang yang bersangkutan bisa dinyatakan bersalah atau mempunyai pertanggung jawaban pidana, sehingga bisa dipidana. Dalam pada itu harus diingat bahwa untuk adanya kesalahan dalam arti seluas-luasnya (pertanggungjawaban pidana), orang yang bersangkutan harus dinyatakan lebih dulu bahwa perbuatannya bersifat melawan hukum. Apabila perbuatannya

¹¹⁶ *Ibid*, 173-174.

¹¹⁷ R. Sudarto, *Op. Cit.* Hlm. 89-90.

¹¹⁸ *Ibid*.

tidak melawan hukum, maka tidak ada perlunya untuk menetapkan kesalahan si pembuat. Sebaliknya, seseorang yang melakukan perbuatan yang melawan hukum, tidak dengan sendirinya mempunyai kesalahan, artinya tidak dengan sendirinya dapat dicela atas perbuatan itu.

Itulah sebabnya, maka kita harus senantiasa menyadari akan dua pasangan dalam syarat-syarat pemidanaan, ialah adanya:

1. Dapat dipidananya perbuatan (*strafbaarheid van het feit*).
2. Dapat dipidananya si pembuat (*strafbaarheid van de persoon*).¹¹⁹

Pada umumnya, kesalahan dapat dibagi menjadi: kesengajaan (diketahui dan dikehendaki) dan kealpaan (tidak berhati-hati). Dengan demikian dapat dikatakan, kesengajaan (*dolus*) dan kealpaan (*culpa*) adalah bentuk-bentuk lain dari kesalahan (*schuldvormen*). Kesengajaan (*dolus*), dibedakan lagi menjadi:

1. Kesengajaan sebagai maksud = maksud untuk menimbulkan akibat tertentu.
2. Kesengajaan sebagai kepastian (sadar keharusan) = akibat yang (secara primer) tidak dikehendaki pasti terjadi.
3. Kesengajaan sebagai kemungkinan (kesengajaan bersyarat atau *dolus eventualis*) =
 - Akibat yang (secara primer) tidak dikehendaki hampir pasti terjadi, atau
 - Dipandang sebagai kemungkinan yang tidak dapat diabaikan (sadar kemungkinan) tetapi diterima.¹²⁰

Sudarto mengatakan, bahwa dalam ilmu pengetahuan, dikenal beberapa macam kesengajaan, yaitu:¹²¹

1. ***Dolus premeditatus***

Terdapat dalam delik-delik yang dirumuskan dalam Pasal 353, 340, 342 KUHP. Dalam delik-delik ini terdapat unsur "dengan rencana lebih dahulu" (*met voorbedachte rade*). Istilah tersebut meliputi bagaimana terbentuknya kesengajaan dan bukan merupakan corak atau tingkat kesengajaan.

Menurut *M.v.T.*, untuk "*voorbedachte rade*" diperlukan "saat memikirkan dengan tenang" ("*een tijdstip van kalm overleg, van bedaard nadenken*"). Untuk dapat dikatakan "ada rencana lebih dulu", si pembuat sebelum atau ketika melakukan tindak pidana tersebut, memikirkan secara wajar tentang apa yang ia lakukan atau yang akan ia lakukan.

Bagaimana menentukan adanya unsur tersebut? Apabila tidak ada pengakuan, maka harus disimpulkan dari hal-hal yang lahir (*objective omstandigheden*), ialah dari apa yang terjadi sebelumnya atau apa yang dilakukan si pembuat sebelumnya.

¹¹⁹ *Ibid*, hlm. 91-92.

¹²⁰ D. Schaffmesiter, N. Keijzer dan P.H. Sutorius. *Hukum Pidana, Op. Cit.*, hlm. 86.

¹²¹ R. Sudarto, *Op. Cit.*, hlm. 119-121.

2. *Dolus determinatus dan indeterminatus.*

Unsurnya ialah pendirian bahwa kesengajaan dapat lebih pasti atau pada *dolus determinatus*, pembuat misalnya menghendaki matinya orang tertentu, sedang pada *dolus indeterminatus* pembuat misalnya menembak ke arah gerombolan orang, atau menembak penumpang-penumpang dalam mobil yang tidak mau disuruh berhenti, atau meracun *reservoir* air minum, dan sebagainya.

3. *Dolus alternativus*

Dalam hal ini, si pembuat menghendaki atau A atau B, akibat yang satu atau yang lain.

4. *Dolus indirectus, Versari in re illicita*

Ajaran tentang "*dolus indirectus*" mengatakan, bahwa semua akibat dari perbuatan yang disengaja, dituju atau tidak dituju, diduga atau tidak diduga, itu dianggap sebagai hal yang ditimbulkan dengan sengaja. Ajaran ini dengan tegas ditolak oleh pembentuk undang-undang. *Code Penal* Perancis masih mengenal macam *dolus* ini. *Dolus* ini ada, apabila dari suatu perbuatan yang dilarang dan dilakukan dengan sengaja timbul akibat yang tidak diinginkan. Misalnya A dan B berkelahi, A memukul B, B jatuh dan dilindas mobil. Ini oleh *Code Penal* dipandang sebagai "*meutre*".

Menurut van Hattum,¹²² Ajaran *dolus indirectus* ini mengingatkan orang kepada ajaran kuno (hukum kanonik) tentang pertanggung-jawab, ialah *versari in re illicita*. Menurut ajaran ini seseorang yang melakukan perbuatan terlarang juga dipertanggung-jawabkan atas semua akibatnya. Si pelaku tetap dipertanggungjawabkan dalam hukum pidana, meskipun akibat itu tidak dapat dibayangkan sama sekali olehnya dan timbul secara kebetulan. Di Inggris dan Spanyol pengertian *dolus indirectus* adalah sama dengan apa yang kita sebut "*dolus eventualis*".

5. *Dolus directus*

Dolus directus berarti bahwa kesengajaan si pembuat tidak hanya ditujukan kepada perbuatannya, melainkan juga kepada akibat perbuatannya.

6. *Dolus generalis*

Pada delik materiel harus ada hubungan kausal antara perbuatan terdakwa dan akibat yang tidak dikehendaki undang-undang.¹²³ Bentuk lain dari kesalahan di

¹²² W.F.C. Van Hattum. *Hand en Leerboek Van Het Nederlandse Strafrecht I* (Gravenhage: S.Gouda Quint D.Brouwer en Zoon Arnhem, Martinous Nijhoff, 1953), hlm. 269-270.

¹²³ R. Sudarto, *Op. Cit.*, hlm. 119-121.

samping kesengajaan seperti tersebut di atas adalah Kealpaan (*culpa*). KUHP kita tidak menjelaskan apa yang dimaksud dengan kealpaan.

Menurut *MvT*, kealpaan adalah ada keadaan yang sedemikian membahayakan keamanan orang atau barang, atau mendatangkan kerugian terhadap seseorang yang sedemikian besarnya dan tidak dapat diperbaiki lagi, sehingga undang-undang juga bertindak terhadap kekurangan kehati-hatian, sikap sembrono (*teledor*), pendek kata "*schuld*" (kealpaan yang menyebabkan keadaan tadi). Ada 3 macam unsur yang masuk dalam kealpaan (*onachtzaamheid*):¹²⁴

1. dapat mengirakan (*kunnen verwachten*) timbulnya akibat;
2. mengetahui adanya kemungkinan (*kennen der mogelijkheid*);
3. dapat mengetahui adanya kemungkinan (*kunnen kennen van de mogelijkheid*).

Tetapi nomor 2 dan 3 hanya apabila mengetahui atau dapat mengetahuinya itu menyangkut juga kewajiban untuk menghindarkan perbuatannya (= untuk tidak melakukan perbuatan).¹²⁵

Kealpaan (*culpa*), dibedakan menjadi:¹²⁶

1. Kealpaan yang disadari = akibat yang (secara primer) tidak dikehendaki dianggap dengan sembrono tidak akan terjadi.
2. Kealpaan yang tidak disadari: orang tidak berpikir meskipun dia seharusnya berpikir.

Pengkajian mengenai kesalahan dan pertanggungjawaban pidana, selain dilakukan terhadap hukum yang berlaku, juga terhadap hukum yang dicita-citakan. Sekalipun hingga kini dalam hukum pidana Indonesia, asas "tiada pidana tanpa kesalahan", masih merupakan asas hukum yang tidak tertulis, tetapi hal ini telah mendapat penegasan dalam Rancangan Kitab Undang-undang Hukum Pidana (RKUHP). Demikian misalnya dalam Pasal 35 ayat (1) RKUHP dirumuskan, "tidak seorang pun dapat dipidana tanpa kesalahan". Dalam ketentuan ini terkandung asas "tiada pidana tanpa kesalahan". Dengan demikian, asas yang menjadi pangkal tolak teori pemisahan tindak pidana dan pertanggungjawaban pidana, telah menjadi bagian pembaruan hukum pidana.

Selain itu, pemisahan tindak pidana dan pertanggungjawaban pidana sebagai konsep yang mendasari penyusunan RKUHP, secara eksplisit tampak dalam Penjelasan Pasal 35 RKUHP. Dikatakan bahwa "dalam pengertian tindak pidana tidak termasuk pertanggungjawaban pidana". Dengan demikian, RKUHP mengikuti konsep pemisahan antara 'tindak pidana' sebagai "*criminal act*" dan

¹²⁴ *Ibid.*

¹²⁵ *Ibid*, hlm. 124-125.

¹²⁶ D. Schaffmesiter, N. Keijzer dan P.H. Sutorius, *Op. Cit*, hlm. 86.

‘pertanggungjawaban pidana’ sebagai “*criminal responsibility*”.¹²⁷ Dikaitkan dengan pengertian-pengertian sebagaimana disebut di atas, dalam RKUHP, nantinya “tindak pidana” dirumuskan dengan, “tindak pidana adalah perbuatan melakukan atau tidak melakukan sesuatu yang oleh peraturan perundang-undangan dinyatakan sebagai perbuatan yang dilarang dan diancam dengan pidana.”¹²⁸

Terkait dengan pembahasan mengenai kesalahan dan pertanggungjawaban pidana, maka menurut Roeslan Saleh,¹²⁹ mempertanyakan, apakah yang dimaksud bahwa seseorang itu bertanggung jawab atas perbuatannya. Penulis-penulis pada umumnya, menurut Roeslan Saleh, tidak membicarakan tentang konsepsi pertanggungjawaban pidana. Dikatakan oleh Roeslan, bahwa mereka telah mengadakan analisis atas konsepsi pertanggungjawaban pidana, yaitu dengan berkesimpulan bahwa “orang yang bertanggung jawab atas apa yang telah dilakukannya haruslah melakukan perbuatan itu dengan “kehendak bebas”. Sebenarnya jika hanya demikian saja mereka tidaklah membicarakan tentang konsepsi pertanggungjawaban pidana, melainkan membicarakan ukuran-ukuran tentang mampu bertanggung jawab dan karenanya dipandang adanya pertanggungjawaban pidana.

Lebih lanjut sebagaimana dikatakan oleh Roeslan Saleh¹³⁰ bahwa:

“Mereka mencari dan menegaskan tentang syarat-syarat bagaimana yang harus ada makanya seseorang dapat dikatakan bertanggung jawab atas suatu tindak pidana. Tetapi hasil dari penelitiannya itu tidak memberikan suatu keterangan sekitar apakah yang dimaksud bahwa seseorang itu bertanggung jawab atas perbuatannya. Justru jawaban atas pertanyaan inilah sebenarnya yang perlu mendapat pemikiran.

Pertanggungjawaban dan pidana adalah ungkapan-ungkapan yang terdengar dan digunakan dalam percakapan sehari-hari dalam moral, agama, dan hukum. Tiga unsur itu berkaitan satu dengan yang lain, dan berakar dalam satu keadaan yang sama, yaitu adanya pelanggaran terhadap suatu sistem aturan-aturan.

Sistem aturan-aturan ini dapat bersifat luas dan aneka macam (hukum perdata, hukum pidana, aturan moral dan sebagainya). Kesamaan dari ketiga-tiganya adalah bahwa mereka meliputi suatu rangkaian aturan tentang tingkah laku yang diikuti oleh setiap kelompok tertentu. Jadi, sistem yang melahirkan konsepsi kesalahan, pertanggungjawaban, dan pemidanaan itu adalah sistem yang normatif”.

¹²⁷ Soetandyo Wignjosebroto. *Dari Hukum Kolonial Ke Hukum Nasional; Dinamika Sosial-Politik dalam Perkembangan Hukum di Indonesia* (Jakarta: Raja Grafindo Persada, 1994), hlm. 201.

¹²⁸ RKUHP edisi 2014, Pasal 11.

¹²⁹ Roeslan Saleh. *Pikiran-Pikiran Tentang Pertanggungjawaban Pidana*, cet. I (Jakarta: Ghalia Indonesia, 1982), hlm. 33.

¹³⁰ *Ibid.*

Dengan mengutip Alf Ross, Roeslan Saleh memberi jawaban bahwa bertanggungjawab atas suatu perbuatan pidana berarti yang bersangkutan secara sah dapat dikenai pidana karena perbuatan itu.¹³¹

Secara teoretis, perbincangan mengenai pertanggungjawaban pidana pasti didahului oleh ulasan tentang tindak pidana, sekalipun dua hal tersebut berbeda baik secara konseptual maupun aplikasinya dalam praktik penegakan hukum. Di dalam pengertian tindak pidana tidak termasuk pengertian pertanggungjawaban pidana. Tindak pidana hanya menunjuk kepada dilarang dan diancamnya perbuatan dengan suatu ancaman pidana. Apakah orang yang melakukan perbuatan kemudian dijatuhi pidana, tergantung apakah dalam melakukan perbuatan itu orang tersebut memiliki kesalahan.¹³² Dengan demikian, membicarakan pertanggungjawaban pidana mau tidak mau harus didahului dengan penjelasan tentang perbuatan pidana. Sebab seseorang tidak bisa dimintai pertanggungjawaban pidana tanpa terlebih dahulu ia melakukan perbuatan pidana. Adalah dirasakan tidak adil jika tiba-tiba seseorang harus bertanggung jawab atas suatu tindakan, sedang ia sendiri tidak melakukan tindakan tersebut.¹³³

Dalam hukum pidana, konsep mengenai “pertanggungjawaban” merupakan konsep sentral yang dikenal dengan ajaran kesalahan. Dalam bahasa latin ajaran kesalahan dikenal dengan sebutan *mens rea*. Doktrin *mens rea* dilandaskan pada suatu perbuatan tidak mengakibatkan seseorang bersalah kecuali jika pikiran orang itu jahat. Dalam bahasa Inggris, doktrin tersebut dirumuskan dengan *an act does not make a person guilty, unless the mind is legally blameworthy*. Berdasarkan asas tersebut, ada dua syarat yang harus dipenuhi untuk dapat mempidana seseorang, yaitu ada perbuatan lahiriah yang terlarang/perbuatan pidana (*actus reus*), dan ada sikap batin jahat/tercela (*mens rea*).¹³⁴

Lalu apakah yang dimaksud dengan pertanggungjawaban pidana? Roeslan Saleh menyatakan bahwa pertanggungjawaban pidana diartikan sebagai diteruskannya celaan yang objektif yang ada pada perbuatan pidana dan secara subjektif memenuhi syarat untuk dapat dipidana karena perbuatannya itu.¹³⁵ Lebih sederhananya adalah bahwa dasar adanya tindak pidana adalah asas legalitas, sedangkan dasar dapat dipidananya pembuat adalah asas tiada pidana tanpa kesalahan (disingkat dengan asas kesalahan). Hal ini berarti bahwa pembuat tindak pidana hanya akan dipidana jika ia mempunyai kesalahan dalam melakukan tindak pidana tersebut.

¹³¹ *Ibid.*

¹³² Moeljatno, *Asas-asas Hukum Pidana*, *Op.Cit.*, hlm. 165. Lihat juga Moeljatno, *Perbuatan Pidana...*, *Op.Cit.*, hlm. 25.

¹³³ Roeslan Saleh, *Perbuatan Pidana dan Pertanggungjawaban...*, *Op.Cit.*, hlm. 20-23.

¹³⁴ Hanafi. “Reformasi Sistem Pertanggungjawaban Pidana”, *Jurnal Hukum*, Vol. 6, No. 11, 1999, hlm. 27.

¹³⁵ Roeslan Saleh, *Perbuatan Pidana dan Pertanggungjawaban...*, *Op.Cit.*, hlm. 75.

Khusus terkait celaan objektif dan celaan subjektif ini, Sudarto mengatakan bahwa dipidananya seseorang tidaklah cukup apabila orang itu telah melakukan perbuatan yang bertentangan dengan hukum atau bersifat melawan hukum (celaan objektif). Jadi meskipun perbuatan tersebut memenuhi rumusan delik dalam undang-undang dan tidak dibenarkan, namun hal tersebut belum memenuhi syarat penjatuhan pidana. Untuk pemidanaan masih perlu adanya syarat untuk penjatuhan pidana, yaitu orang yang melakukan perbuatan itu mempunyai kesalahan atau bersalah (celaan subjektif). Orang tersebut harus dipertanggungjawabkan atas perbuatannya atau jika dilihat dari sudut perbuatannya, perbuatannya baru dapat dipertanggungjawabkan kepada orang tersebut.¹³⁶

Karena pertanggungjawaban pidana tidak mungkin tercipta jika pada diri orang yang melakukan tindak pidana tidak terdapat kesalahan, maka kesalahan menjadi titik sentral konsep pertanggungjawaban pidana atau dengan kata lain kesalahan merupakan salah satu karakter hukum pidana yang tidak mungkin dapat dihapus.¹³⁷

Begitu sentralnya asas kesalahan ini sehingga meresap dan menggema dalam hampir semua ajaran dalam hukum pidana,¹³⁸ tidak mengherankan bila Remmelink menyatakan sebagai berikut.¹³⁹

“Bagaimanapun juga, kita tidak rela membebankan derita kepada orang lain, sekadar karena orang itu melakukan tindak pidana, kecuali jika kita yakin bahwa ia memang dapat dipermasalahkan karena tindakannya itu. Karena itu, dapat juga diandaikan bahwa manusia dalam kondisi yang tidak terlalu abnormal, sepanjang ia memang menginginkannya, muncul sebagai makhluk yang memiliki akal budi serta sanggup dan mampu mentaati norma-norma masuk akal yang ditetapkan oleh masyarakat sebagai jaminan kehidupannya. Karena itu, kesalahan adalah pencelaan yang ditujukan oleh masyarakat yang menerapkan standar etis yang berlaku pada waktu tertentu terhadap manusia yang melakukan perilaku menyimpang yang sebenarnya dapat dihindari”.

Dalam pandangan lain, E. Ph. Sutorious menyatakan bahwa:

“Pertama-tama harus diperhatikan bahwa kesalahan selalu hanya mengenai perbuatan yang tidak patut, yaitu melakukan sesuatu yang seharusnya tidak dilakukan dan tidak melakukan sesuatu yang seharusnya dilakukan. Ditinjau secara lebih mendalam, kesalahan memandang hubungan antara perbuatan tidak patut dan pelakunya sedemikian rupa sehingga perbuatan itu dalam

¹³⁶ Sudarto, *Op. Cit.*, hlm. 85.

¹³⁷ Cynthia H. Finn. “*The Responsible Corporate Officer, Criminal Liability, and Mens Rea: Limitation on the RCO Doctrine*”, *The American University Law Review*, vol. 46, 1996, hlm. 548.

¹³⁸ Muladi dan Dwidja Priyatno, *Op.Cit.*, hlm. 99-100.

¹³⁹ Jan Remmelink. *Hukum Pidana Komentar atas Pasal-pasal Terpenting dari Kitab Undang-undang Hukum Pidana Belanda dan Padanannya dalam Kitab Undang-undang Hukum Pidana Indonesia*. Diterjemahkan oleh Tristam Pascal Moeliono (Jakarta: PT Gramedia Pustaka Utama, 2003), hlm. 142.

arti kata yang sesungguhnya merupakan perbuatannya. Perbuatan itu tidak hanya objektif tidak patut tetapi juga dapat dicelakan kepadanya. Dapat dicelakan itu bukanlah merupakan inti dari pengertian kesalahan, tetapi akibat dari kesalahan. Sebab hubungan antara perbuatan dan pelakunya itu selalu membawa pencelaan, maka orang menamakan sebagai dapat dicela. Dengan demikian, agar dapat menjatuhkan pidana tidak hanya disyaratkan bahwa seseorang telah berbuat tidak patut secara objektif, tetapi juga bahwa perbuatan tidak patut itu dapat dicelakan kepadanya”.¹⁴⁰

Konsep kesalahan yang dilandaskan pada nilai-nilai moral tersebut tentu saja bersifat abstrak dan sulit diterapkan dalam membuktikan kesalahan seseorang yang terbukti melakukan tindak pidana. Oleh karena itu, konsep kesalahan bergeser kepada penentuan kriteria dapat dipidananya pembuat tindak pidana. Kesalahan adalah keadaan batin (*psychis*) yang tertentu dari si pembuat dan hubungan antara keadaan batin tersebut dengan perbuatannya sedemikian rupa, sehingga pembuat dapat dipertanggungjawabkan atas perbuatannya itu.¹⁴¹

Karena kesalahan psikologis mengandung beberapa kelemahan dan di dalamnya juga terdapat beragam varian makna kesalahan, maka muncullah konsep kesalahan normatif (*normatief schuldbegrip*) sebagai koreksi atas kesalahan psikologis tadi. Menurut kesalahan normatif, kesalahan diartikan sebagai ‘dapat dicelanya pembuat tindak pidana karena dilihat dari segi masyarakat sebenarnya dia dapat berbuat lain jika tidak ingin melakukan perbuatan tersebut’.¹⁴² Orang dapat dikatakan mempunyai kesalahan, jika dia pada waktu melakukan tindak pidana, dilihat dari segi masyarakat dapat dicela karenanya, yaitu kenapa melakukan perbuatan yang merugikan masyarakat padahal mampu untuk mengetahui makna perbuatan tersebut, dan karenanya dapat bahkan harus menghindari perbuatan demikian.¹⁴³

Jika kesalahan normatif ini diilustrasikan dalam kasus-kasus pidana ringan seperti kasus Nenek Minah mencuri kakao atau kasus-kasus lain yang mirip, maka hakim sebenarnya dapat menggunakan kerangka berpikir konsep kesalahan normatif. Bagi hakim cukup untuk menyatakan bahwa terdakwa terbukti melakukan tindak pidana dan memiliki kesalahan, tapi sanksi pidana atau sanksi tindakan tidak perlu dijatuhkan oleh Hakim. Oleh karena, penjatuhan pidana justru akan membuat terdakwa semakin sengsara dan tujuan pidana tidak akan tercapai. Hal ini sejalan dengan konsepsi dalam pemaafan hakim dalam RKUHP.

Selain itu, jika ternyata antara terdakwa dengan korban telah terjadi perdamaian, dalam arti di satu sisi terdakwa mengakui kesalahannya dan siap bertanggung jawab atas apa yang telah dilakukan, dan di sisi lain korban

¹⁴⁰ Muladi dan Dwidja Priyatno, *Op.Cit.*, hlm. 100-101.

¹⁴¹ Tongat. *Dasar-Dasar Hukum Pidana Indonesia dalam Perspektif Pembaruan* (Malang: UMM Press 2008), hlm. 222.

¹⁴² Roeslan Saleh, *Perbuatan Pidana dan Pertanggungjawaban...*, *Op.Cit.*, hlm. 77.

¹⁴³ Moeljatno, *Asas-asas Hukum Pidana*, *Op.Cit.*, hlm. 169.

memaafkan kesalahan terdakwa dengan segala konsekuensi hukumnya, cukuplah juga bagi Hakim untuk menyatakan bahwa terbukti bersalah melakukan tindak pidana, tapi Hakim tidak menjatuhkan sanksi pidana atau sanksi tindakan.

Roeslan Saleh mengatakan bahwa komponen 'dapat dicelanya pembuat tindak pidana' merupakan penegasan penilaian normatif terhadap kesalahan. Pada subjek hukum manusia, ada tidaknya kesalahan tidaklah ditentukan bagaimana dalam keadaan senyatanya batin terdakwa, tetapi tergantung pada batin itu, apakah dinilai ada ataukah tidak ada kesalahan.¹⁴⁴ Jadi, titik tekannya terletak pada penilaian normatif terhadap keadaan batin pembuat dan hubungan antara keadaan batin tersebut dengan tindak pidananya, sehingga orang itu dapat dicela karena perbuatannya itu.¹⁴⁵ Singkatnya, yang dinilai bukan pada kesalahan batin orang itu, tapi bagaimana hakim menilai keadaan batinnya dan menilai fakta-fakta yang ada.¹⁴⁶

Dengan demikian, sepanjang terhadap subjek hukum manusia, pengertian kesalahan yang normatif berpangkal tolak pada penilaian hukum terhadap psikologis pembuat. Bukan psikologisnya yang penting, tetapi penilaian normatif terhadap keadaan psikologis pembuat, ketika melakukan tindak pidana. Pengertian kesalahan yang normatif di dalamnya mengandung pengertian psikologis.¹⁴⁷

Dalam konteks melakukan perbuatan lain, sekalipun terdakwa dinyatakan bersalah atas tindak pidana yang telah dilakukan, namun karena dalam dirinya terdapat alasan yang memaafkan dia dari kesalahan itu (alasan pemaaf), maka terdakwa dinyatakan tidak memiliki kesalahan. Oleh karena itu, ada kesalahan jika kelakuan tidak sesuai dengan norma yang harus diterapkan. Hal ini dapat dimaknai bahwa ketiadaan kemungkinan pembuat dapat berbuat lain, selain melakukan tindak pidana, menyebabkan dapat dilepaskan dari keadaan bersalah.

Secara teoretis, kemampuan bertanggungjawab dapat diartikan sebagai kondisi batin yang normal atau sehat dan mempunyai akal seseorang dalam membedakan hal-hal yang baik dan yang buruk;¹⁴⁸ atau dengan kata lain, mampu untuk menginsafi sifat melawan hukumnya suatu perbuatan dan sesuai dengan keinsafan itu mampu untuk menentukan kehendaknya.¹⁴⁹

Mempertanggungjawabkan seseorang dalam hukum pidana bukan hanya berarti sah menjatuhkan pidana terhadap orang itu, tetapi juga sepenuhnya dapat diyakini bahwa memang pada tempatnya meminta pertanggungjawaban atas tindak pidana yang dilakukannya. Pertanggungjawaban pidana tidak hanya berarti

¹⁴⁴ Roeslan Saleh, *Perbuatan Pidana dan Pertanggungjawaban...*, *Op.Cit.*, hlm. 77.

¹⁴⁵ Roeslan Saleh, *Masih Saja Tentang Kesalahan* (Jakarta: Karya Dunia Pikir, 1994), hlm. 55.

¹⁴⁶ Moeljatno, *Asas-Asas Hukum Pidana*, *Op.Cit.*, hlm.175.

¹⁴⁷ Roeslan Saleh, *Masih Saja...* *Op.Cit.*, hlm. 54.

¹⁴⁸ M. Abdul Kholiq, *Op. Cit.*, hlm. 129.

¹⁴⁹ Roeslan Saleh, *Perbuatan...* *Op.Cit.*, hlm. 80.

"*rightfully sentenced*" tetapi juga "*rightfully accused*".¹⁵⁰ Pertanggungjawaban pidana pertama-tama merupakan keadaan yang ada pada diri pembuat ketika melakukan tindak pidana. Kemudian pertanggungjawaban pidana juga berarti menghubungkan antara keadaan pembuat tersebut dengan perbuatan dan sanksi yang sepatutnya dijatuhkan. Dengan demikian, pengkajian dilakukan dua arah Pertama; pertanggungjawaban pidana ditempatkan dalam konteks sebagai syarat-syarat faktual (*conditioning facts*) dari pembedaan,¹⁵¹ karenanya mengemban aspek preventif. Kedua, pertanggungjawaban pidana merupakan akibat hukum (*legal consequences*)¹⁵² dari keberadaan syarat faktual tersebut, sehingga merupakan bagian dari aspek represif hukum pidana. "*It is this connection between conditioning facts and conditioned legal consequences which is expressed in the statement about responsibility*"¹⁵³

Menurut Hart, "*The legal system of a modern state is characterized by a certain kind of supremacy within its territory and independence of other systems*".¹⁵⁴ Sistem hukum modern ditandai oleh adanya supremasi dan kemandirian hal itu dari sistem-sistem lain. Croall menyatakan hal yang senada. "*The criminal law therefore does not necessarily reflect morality, not do legal definitions reflect commonsense notions of crime*".¹⁵⁵

B. Sifat Melawan Hukum

Sebagaimana diketahui bahwa undang-undang hanya memidana seseorang yang melakukan perbuatan, apabila perbuatan itu telah dicantumkan dalam peraturan perundang-undangan sebagai perbuatan yang dilarang. Hal ini telah ditentukan secara tegas dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP tentang apa yang dikenal dengan asas legalitas. Konsekuensi logis dari hal ini, maka hanya perbuatan yang diberi label tercela atau terlarang demikian saja yang pelakunya dapat dipidana. Pengertian sifat melawan hukum yang demikian disebut dengan melawan hukum formal, karena semata-mata sifat terlarangnya perbuatan didasarkan pada pemuatannya dalam undang-undang. Perbuatan lain yang diluar apa yang ditentukan sebagai dilarang oleh undang-undang, walaupun tercela menurut masyarakat atau menurut asas-asas umum masyarakat atau melawan hukum materiel, sepanjang tidak dilarang menurut peraturan perundang-undangan, tidaklah dapat dipidana.

Perbuatan yang mengandung sifat tercela menurut masyarakat yang tidak tercela menurut undang-undang tidaklah dapat dipidana. Namun demikian

¹⁵⁰ Alf Ross, *Op.Cit.*, hlm 23.

¹⁵¹ *Ibid.*

¹⁵² *Ibid.*

¹⁵³ *Ibid.*, hlm. 21.

¹⁵⁴ H. L. A. Hart. *The Concept of Law* (Oxford: Oxford University Press, 1961), hlm. 24.

¹⁵⁵ Hazel Croall. *Crime and Society in Britain* (London: Longmann, 1988), hlm. 3.

sebaliknya pada perbuatan yang secara nyata terlarang menurut undang-undang, yang karena sesuatu faktor atau sebab tertentu boleh jadi tidak mengandung sifat tercela atau kehilangan sifat tercelanya menurut masyarakat, maka terhadap si pembuatnya tidak dipidana. Inilah yang dimaksud dengan sifat melawan hukum materiel dalam fungsinya yang negatif.

Dalam ajaran sifat melawan hukum materiel dinyatakan, bahwa tidak semua perbuatan yang oleh masyarakat dipandang sebagai perbuatan tercela, ditetapkan sebagai tindak pidana. Artinya, ada perbuatan yang sekalipun oleh masyarakat dipandang tercela, tetapi bukan merupakan tindak pidana.

Dalam literatur ilmu hukum pidana, ajaran sifat melawan hukum dikenal 2 (dua) paham yang mendasarinya, yaitu paham ajaran sifat melawan hukum formal (*formeel wedderrechtelijkheid*) dan paham ajaran sifat melawan hukum materiel (*materieel wedderrechtelijkheid*). Lahirnya kedua paham ajaran sifat melawan hukum ini sebagai bentuk perbedaan pendapat di kalangan para ahli hukum pidana, dan sampai saat ini masih menjadi perdebatan dan selalu menjadi bahan diskusi yang belum selesai.

Dari beberapa literatur hukum pidana, seperti para ahli hukum pidana telah bersepakat dalam memberikan arti dan makna terhadap kedua ajaran sifat melawan hukum ini. Perbedaan di antara keduanya terletak pada parameter yang digunakan. Dalam ajaran sifat melawan hukum formal menggunakan parameter bertentangan dengan peraturan perundang-undangan, sedangkan ajaran sifat melawan hukum materiel menggunakan parameter bertentangan dengan nilai kepatutan dan keadilan masyarakat.

Menurut ajaran sifat melawan hukum formal, apabila suatu perbuatan telah mencocoki semua unsur yang termuat dalam rumusan tindak pidana maka perbuatan tersebut adalah tindak pidana. Jika ada alasan-alasan pembena maka alasan-alasan tersebut harus juga disebutkan secara tegas dalam undang-undang.¹⁵⁶ Artinya suatu perbuatan tidak bisa dianggap bersifat melawan hukum apabila perbuatan tersebut tidak secara eksplisit dirumuskan dalam undang-undang sebagai perbuatan pidana, sekalipun perbuatan tersebut sangat merugikan masyarakat, dan ukuran untuk menentukan suatu perbuatan tersebut bersifat melawan hukum atau tidak hanyalah undang-undang sebagai ketentuan tertulis.

Menurut ajaran sifat melawan hukum materiel, bahwa di samping memenuhi syarat-syarat formal, yaitu mencocoki semua unsur yang tercantum dalam rumusan delik, perbuatan itu benar-benar harus dirasakan oleh masyarakat sebagai perbuatan yang tidak patut atau tercela. Karena itu pula alasan ini mengakui alasan-

¹⁵⁶ Komariah E. Sapardjaja. *Ajaran Melawan Hukum Materiel Dalam hukum Pidana Indonesia; Studi Tentang Penerapan dan perkembangannya dalam Yurisprudensi* (Bandung: Alumni, 2002), hlm. 25.

alasan pembenar di luar undang-undang. Dengan perkataan lain, alasan pembenar dapat berada pada hukum yang tidak tertulis.¹⁵⁷

Berkaitan dengan sifat melawan hukum materiel ini, Sudarto berpendapat bahwa suatu perbuatan itu melawan hukum atau tidak, tidak hanya yang terdapat dalam undang-undang (yang tertulis saja), akan tetapi harus dilihat berlakunya asas-asas hukum yang tidak tertulis. Jadi menurut ajaran ini melawan hukum sama bertentangan dengan undang-undang (hukum tertulis) dan juga bertentangan dengan hukum yang tidak tertulis termasuk tata susila dan sebagainya.¹⁵⁸ Apabila diperhatikan, sifat melawan hukum materiel pada suatu perbuatan menunjukkan bahwa perbuatan tersebut bertentangan dengan keadilan, terlepas apakah perbuatan diancam pidana dalam suatu undang-undang atau tidak, jadi yang benar-benar dirasakan oleh masyarakat sebagai bertentangan dengan rasa keadilan.¹⁵⁹ Ukuran untuk mengatakan suatu perbuatan melawan hukum secara materiel bukan didasarkan pada ada atau tidaknya ketentuan dalam suatu undang-undang, akan tetapi ditinjau dari nilai yang ada dalam masyarakat apakah mencerminkan nilai keadilan atau tidak.

Keberadaan ajaran sifat melawan hukum secara formal tidak menjadi persoalan karena ini secara eksplisit menjadi unsur dari suatu pasal, sehingga untuk menentukan apakah seseorang itu melakukan sesuatu yang melawan hukum atau tidak, cukup apabila orang itu melihat apakah perbuatan itu telah memenuhi semua unsur yang terdapat dalam rumusan delik atau tidak. Persoalan dan perdebatan muncul dengan keberadaan ajaran sifat melawan hukum materiel. Hal ini dikarenakan di Indonesia berkembang pula hukum yang tidak tertulis, yaitu hukum adat yang memungkinkan sifat melawan hukum tersebut ada dan terdapat dalam masyarakat.

Dari pengertian sifat melawan hukum dan pembagiannya di atas, maka dapat dinyatakan bahwa sifat melawan hukum memiliki 4 (empat) makna. *Pertama*, sifat melawan hukum diartikan syarat umum dapat dipidananya suatu perbuatan sebagaimana definisi perbuatan pidana yakni kelakuan manusia yang termasuk dalam rumusan delik, bersifat melawan hukum dan dapat dicela; *kedua*, kata melawan hukum dicantumkan dalam rumusan delik, dengan demikian sifat melawan hukum merupakan syarat tertulis untuk dapat dipidananya suatu perbuatan; *ketiga*, sifat melawan hukum formal mengandung arti semua unsur dari rumusan delik telah terpenuhi; dan *keempat*, sifat melawan hukum materiel mengandung 2 (dua) pandangan, pertama dari sudut perbuatannya yang mengandung arti melanggar atau membahayakan kepentingan hukum yang hendak dilindungi oleh pembuat undang-undang dalam rumusan delik, dan kedua dari

¹⁵⁷ *Ibid.*

¹⁵⁸ Soedarto, *Op. Cit.*, hlm. 78.

¹⁵⁹ *Ibid.*, hlm. 56.

sudut sumber hukumnya, dimana sifat melawan hukum mengandung pertentangan dengan asas kepatutan, keadilan, dan hukum yang hidup di masyarakat.

Menurut Moeljatno, apabila mengikuti pandangan yang materiel, maka perbedaannya dengan pandangan yang formal adalah:¹⁶⁰

1. Mengakui adanya pengecualian/penghapusan dari sifat melawan hukumnya perbuatan menurut hukum yang tertulis dan yang tidak tertulis, sedangkan pandangan yang formal hanya mengakui pengecualian yang tersebut dalam undang-undang saja, misalnya Pasal 49 tentang pembelaan terpaksa (*noodweer*).
2. Sifat melawan hukum adalah unsur mutlak dari tiap perbuatan pidana, juga bagi yang dalam rumusannya tidak menyebut unsur-unsur tersebut, sedang bagi pandangan yang formal sifat tersebut tidak selalu menjadi unsur dari perbuatan pidana. Hanya jika dalam rumusan delik disebutkan dengan nyata-nyata barulah menjadi unsur delik.

Ajaran sifat melawan hukum materiel berkaitan pula dengan 2 (dua) fungsi yang dianutnya, yaitu fungsi negatif dan fungsi positif. Sifat melawan hukum secara materiel dalam fungsinya yang negatif dijadikan sebagai alasan penghapus pidana dari suatu perbuatan di luar undang-undang, maksudnya perbuatan yang telah dinyatakan terlarang oleh undang-undang namun perbuatan tersebut dapat dikecualikan oleh hukum yang tidak tertulis sehingga perbuatan tersebut tidak menjadi tindak pidana.

Sehubungan dengan pembuktian unsur melawan hukum secara materiel, patut diperhatikan bahwa penerapan ajaran sifat melawan hukum materiel itu senantiasa tidak boleh melebihi syarat yang telah ditentukan melalui fungsi negatif saja. Penerapan fungsi negatif dari ajaran sifat melawan hukum materiel erat kaitannya dengan masalah pertanggungjawaban pidana, dimana seseorang dilepaskan dari segala tuntutan hukum apabila perbuatannya tidak melawan hukum secara materiel, sekalipun perbuatan itu melawan hukum secara formil. Ajaran sifat melawan hukum materiel dalam fungsinya yang negatif merupakan jawaban dalam bidang hukum pidana untuk memberikan keadilan yang tidak dapat diberikan oleh pembuat undang-undang hanya dengan mencantumkan alasan-alasan pembenar dalam undang-undangnya sendiri. Ajaran ini setidaknya-tidaknyanya memberikan kebebasan kepada hakim untuk menemukan hukum dalam rangka menafsirkan arti sifat melawan hukum.¹⁶¹

Penerapan ajaran sifat melawan hukum materiel dalam fungsi negatif yang dijadikan sebagai alasan penghapus pidana di luar undang-undang lahir dari praktik peradilan, dan untuk pertama kalinya diterapkan dalam Arrest Hoge Raad tanggal 20 Februari 1933 dalam kasus Dokter Hewan dari Kota Huizen, yang kemudian

¹⁶⁰ Moeljatno, *Op. Cit.*, hlm. 144.

¹⁶¹ Komariah, *Op. Cit.*, hlm. 69.

dikenal dengan *Veearts Arrest*. Dalam kasus tersebut seorang Dokter Hewan mencampurkan sapi-sapi yang sakit ke dalam kandang sapi-sapi yang sehat, yang menurut Pasal 82 *Veewet* dilarang dan diancam dengan pidana penjara selama 1 (satu) tahun. Alasan bagi Dokter Hewan tersebut melakukan perbuatannya adalah untuk kepentingan sapi dan pemiliknya sendiri. Menurut pertimbangan dari segi ilmu yang dimilikinya, bahwa sapi-sapi yang sehat pada akhirnya pasti akan terkena penyakit juga. Oleh karena pada saat itu sapi-sapi yang sehat belum mengeluarkan air susu maka lebih baik sapi-sapi tersebut tertular penyakit terlebih dahulu dari pada tertular setelah mengeluarkan air susu. Pada peradilan tingkat banding, *Gerechtschhof Amsterdam* menjatuhkan pidana kepada Dokter Hewan dengan alasan bahwa apa yang dikemukakan oleh Dokter Hewan merupakan penjelasan tentang apa yang mendorong untuk berbuat demikian, dan tidak merupakan perkecualian yang dapat meniadakan pidana. Pada tingkat kasasi, *Hoge Raad* berpendapat bahwa dengan adanya undang-undang tentang Pendidikan Dokter Hewan, maka pemeliharaan kesehatan hewan dan siapa yang boleh menjalankan pekerjaan dokter hewan telah diatur, dengan demikian telah ada petunjuk bahwa Dokter Hewan tidak akan melanggar ketentuan undang-undang apabila ia berbuat dengan ilmu yang dimilikinya.¹⁶²

Veearts Arrest inilah yang semula diajukan oleh para ahli hukum pidana yang berpandangan materiel, dengan alasan meskipun perbuatan pelaku telah memenuhi rumusan delik serta tidak ada suatu pengecualian di dalam undang-undang, maka tidak selalu pelaku harus dijatuhi hukuman apabila memang terbukti perbuatan pelaku tidak mengandung melawan hukum secara materiel. Perbuatan Dokter Hewan yang telah dilepaskan dari segala tuntutan hukum itu merupakan alasan pembenar dari suatu pengecualian di luar undang-undang yang berasal dari hukum yang tidak tertulis. Oleh karena itu dapat disimpulkan bahwa fungsi negatif dari sifat melawan hukum materiel berusaha memberikan suatu pandangan yang lebih konstruktif sebagai reaksi dari pandangan formal, dengan menyatakan bahwa tidaklah selalu pelaku dihukum meskipun perbuatannya memenuhi rumusan delik.

Sifat melawan hukum materiel dalam fungsi positif merupakan kebalikan dari sifatnya yang negatif. Fungsi positif dijadikan sebagai alasan untuk memidana suatu perbuatan meskipun sebelumnya perbuatan tersebut tidak dilarang oleh undang-undang namun dipandang tercela dan mengganggu rasa keadilan masyarakat. Dengan kata lain, setiap perbuatan yang dianggap atau dipandang tercela oleh masyarakat merupakan perbuatan melawan hukum secara materiel. Dapat pula dikatakan bahwa diterapkannya sifat melawan hukum materiel dalam fungsi positif berarti memberikan wewenang kepada hakim untuk melaksanakan fungsi legislasi dengan melakukan kriminalitas terhadap suatu perbuatan.

¹⁶² Adami Chazawi, *Op. Cit.*, 67-68.

Sebahagian besar para ahli hukum pidana, baik kalangan akademisi maupun kalangan praktisi sampai pada saat ini berpendapat agar ajaran sifat melawan hukum materiel tidak dipergunakan dalam fungsi yang positif. Atas hal ini, penulis sependapat dengan pandangan dari Chairul Huda¹⁶³ yang mengikuti pandangan yang menerima ajaran sifat melawan hukum materiel dalam fungsinya yang negatif. Hal ini didasarkan praktik yang demikian juga dianut oleh Mahkamah Agung seperti ternyata dalam perkara Machroes Effendi¹⁶⁴, Putusan Nomor 72/K/Kr/1970 tanggal 27 Mei 1972,¹⁶⁵ maupun Putusan Mahkamah Agung tanggal 27 Maret 1972 Nomor K/Kr/1970.¹⁶⁶ Lebih jauh dari hal ini, adanya putusan dari Mahkamah Konstitusi pada tanggal 25 Juli 2006 Putusan Nomor 003/PUU-IV/2006 yang memaknai sifat melawan hukum materiel dalam fungsinya yang negatif.

Terkait dengan dianutnya sifat melawan hukum materiel dalam fungsinya yang negatif yang terdapat sistem hukum pidana di Indonesia, juga dipahami sama oleh para ahli hukum pidana, antara lain Roeslan Saleh¹⁶⁷, Indrianto Seno Adjie¹⁶⁸,

¹⁶³ Chairul Huda, *Op. Cit.*, hlm. 59.

¹⁶⁴ Lihat Putusan No. 42/K/Kr/1965 tanggal 8 Januari 1966. Dalam Putusan ini, Hakim MA menjatuhkan putusan lepas dengan pertimbangan sebagai berikut: *"suatu tindakan pada umumnya dapat hilang sifatnya sebagai melawan hukum bukan hanya berdasarkan suatu ketentuan dalam perundang-undangan, melainkan juga berdasarkan asas-asas keadilan atau asas-asas hukum yang tidak tertulis dan bersifat umum, dalam perkara ini misalnya faktor-faktor negara tidak dirugikan, kepentingan umum dilayani dan terdakwa sendiri tidak mendapat untung"*.

¹⁶⁵ Lihat Putusan No. 72/K/Kr/1970 tanggal 27 Mei 1972, yang dalam salah satu pertimbangannya menyatakan, *"bahwa meskipun Undang-undang No. 17/1964 tersebut merupakan suatu formal delict, namun Hakim secara materiel harus memperhatikan juga adanya kemungkinan keadaan dari tertuduh-tertuduh atas dasar mana mereka tak dapat dihukum (materiele wederrechtelijk)"*. Selanjutnya dalam pertimbangan berikutnya Mahkamah Agung dalam mempertimbangkan tentang keberatan Pemohon Kasasi menyatakan: *"Menimbang, bahwa walaupun perbuatan-perbuatan yang dituduhkan pada terdakwa telah terbukti semuanya, akan tetapi Mahkamah Agung berpendapat, bahwa perbuatan-perbuatan tersebut, bukanlah merupakan tindak pidana penadahan, karena sifat melawan hukum tidak ada sama sekali"*.

¹⁶⁶ Lihat Putusan Mahkamah Agung tanggal 27 Maret 1972 No. K/Kr/1970¹⁶⁶, dalam salah satu pertimbangannya dinyatakan, *"yurisprudensi waktu sekarang ini jelas menganut materiele wederrechtelijkheid"*.

¹⁶⁷ Roeslan Saleh. *Sifat Melawan Hukum...*, *Op.Cit.*, hlm. 18. Menurut Roeslan Saleh, "Pandangan mengenai melawan hukum materiel hanya mempunyai arti memperkecualikan perbuatan yang meskipun termasuk dalam rumusan undang-undang dan karenanya dianggap sebagai perbuatan pidana. Jadi suatu perbuatan yang dilarang undang-undang dapat dikecualikan oleh aturan hukum tidak tertulis sehingga tidak menjadi perbuatan pidana. Biasanya inilah yang disebut sebagai fungsi negatif dari ajaran melawan hukum materiel. Fungsinya yang positif, yaitu walaupun tidak dilarang undang-undang tetapi oleh masyarakat perbuatan itu dipandang tercela dan dengan itu perlu menjadikannya perbuatan pidana tidak mungkin dilakukan menurut sistem hukum kita mengingat bunyi Pasal 1 ayat (1) KUHP".

¹⁶⁸ Indriyanto Seno Adji. *Korupsi dan Hukum Pidana* (Jakarta: Kantor Pengacara Prof. Dr. Oemar Seno Adji, 2002), hlm. 306. Menurut Indriyanto, "Bagi pandangan materiel, ditemukan suatu kesamaan pendapat bahwa sifat melawan hukum materiel hanyalah digunakan melalui fungsi negatifnya saja, sehingga penerapannya hanya diperlukan untuk meniadakan suatu tindak pidana dengan mempergunakan alasan-alasannya di luar undang-undang".

Komariah E. Saparjadja.¹⁶⁹ Selanjutnya di dalam RKUHP nantinya terdapat rumusan mengenai sifat melawan hukum perbuatan menganut sifat melawan hukum materiel dalam fungsinya yang negatif. Ketentuan ini terdapat di dalam Pasal 12 RKUHP yang berbunyi:

- (1) *Tindak pidana adalah perbuatan melakukan atau tidak melakukan sesuatu, yang oleh peraturan perundang-undangan diancam dengan pidana.*
- (2) *Untuk dinyatakan sebagai tindak pidana, suatu perbuatan yang diancam pidana oleh peraturan perundang-undangan harus juga bersifat melawan hukum atau bertentangan dengan hukum yang hidup dalam masyarakat.*
- (3) *Setiap tindak pidana selalu dipandang bersifat melawan hukum, kecuali ada alasan pembenar.*

Dengan demikian, dalam ajaran sifat melawan hukum materiel dinyatakan, bahwa tidak semua perbuatan yang oleh masyarakat dipandang sebagai perbuatan tercela, ditetapkan sebagai tindak pidana. Artinya, ada perbuatan yang sekalipun oleh masyarakat dipandang tercela, tetapi bukan merupakan tindak pidana.

¹⁶⁹ Komariah, *Op. Cit.*, hlm. 225-226. Menurut Komariah, “Khusus bagi Indonesia, walaupun penafsiran itu dimungkinkan bahkan karena mengingat keadaan perundang-undangan pidana Indonesia sekarang kadang-kadang diperlukan untuk mengantisipasi bentuk-bentuk kejahatan baru, tetapi penafsiran ekstensif ini perlu dibatasi. Hendaknya untuk membatasi penafsiran ekstensif tentang arti sifat melawan hukum, setidaknya untuk menetapkan hilangnya sifat melawan hukum sebagai alasan pembenar...”.

IV.

PERCOBAAN (*POGING*)

A. Latar Belakang Adanya Percobaan

Sistem pemidanaan untuk percobaan agak menyimpang dari sistem pemidanaan suatu delik yang sempurna yang justru mengancam pidana apabila unsur-unsur delik tersebut telah sempurna terpenuhi.

Untuk memudahkan pemahaman mengenai dasar-dasar dipidananya percobaan, maka ada 2 (dua) aliran yang paling menonjol terkait dengan percobaan ini, yaitu:¹⁷⁰

1. Teori percobaan subjektif. Teori ini bertolak pangkal kepada diri atau jiwa dari pelaku. Adapun yang dinilai di sini adalah niat dari pelaku untuk melakukan kejahatan.
2. Teori percobaan objektif. Teori ini bertolak pangkal kepada tindakan atau perbuatan yang telah membahayakan sesuatu kepentingan hukum yang dilindungi oleh undang-undang.

KUHP sendiri tidak mempersoalkan aliran manakah dari kedua aliran itu yang harus dianut. Penafsiran lebih banyak diserahkan kepada Ilmu Pengetahuan Hukum Pidana. Tetapi beberapa penulis Belanda, antara lain Simons dan beberapa putusan *Hoge Raad (HR)*, berpendapat bahwa pembentuk KUHP menganut teori objektif. Pandangan ini didasarkan pada ancaman pidana dengan pengurangan sepertiga, adalah sepadan dan karena baru sedikitnya keberbahayaan kepentingan hukum yang tercantum.

B. Dasar Hukum

Ketentuan mengenai percobaan diatur di dalam Buku I Bab IV Pasal 53 dan Pasal 54 KUHP.

Pasal 53 KUHP berbunyi:

- (1) *Mencoba melakukan kejahatan dipidana, jika niat untuk itu telah ternyata dari adanya permulaan pelaksanaan dan tidak selesainya pelaksanaan itu, bukan semata-mata disebabkan karena kehendaknya sendiri.*

¹⁷⁰ Kanter dan Sianturi, *Op. Cit.*, hlm. 310-311.

- (2) *Maksimum pidana pokok terhadap kejahatan, dalam hal percobaan dapat dikurangi sepertiga.*
- (3) *Jika kejahatan diancam dengan pidana mati atau pidana penjara seumur hidup, dijatuhkan pidana penjara paling lama lima belas tahun.*
- (4) *Pidana tambahan bagi percobaan adalah sama dengan kejahatan selesai.*

Pasal 54 KUHP berbunyi: “*mencoba melakukan pelanggaran tidak dipidana*”.

Terhadap ketentuan di atas, KUHP pada dasarnya tidak memberikan penjelasan secara definitif mengenai apa yang dimaksud dengan “percobaan”. Namun ketentuan tersebut hanya menentukan syarat-syarat yang harus dipenuhi di dalam “percobaan”, sehingga seorang pelaku percobaan dapat dipidana. Adapun syarat-syarat tersebut adalah:

1. Isi Kejiwaan Pelaku
2. Perbuatan dari Pelaku
3. Hasil gabungan dari isi kejiwaan dan perbuatan tersebut.

Hal mana jika dielaborasi lebih lanjut, isi kejiwaan dan perbuatan tersebut dapat dibagi kedalam tiga hal, yaitu:

1. Niat
2. Permulaan pelaksanaan perbuatan
3. Pelaksanaan perbuatan tersebut tidak selesai karena adanya keadaan diluar kehendak si pelaku.

1. Niat

Niat adalah salah satu syarat dari percobaan untuk melakukan kejahatan. Hal ini ternyata dari perumusan Pasal 53 KUHP, yaitu percobaan untuk melakukan kejahatan. Dari uraian singkat tersebut sudah dapat dipastikan bahwa “niat” tersebut tidak dimaksudkan untuk mengganti unsur kesalahan (*dolus* atau *culpa*) dari kejahatan itu. Dengan perkataan lain unsur “dengan sengaja” yang terdapat di dalam suatu pasal yang mengharuskan adanya unsur “dengan sengaja” misalnya pada Pasal 338 KUHP tersebut tidak digantikan oleh syarat niat.

Dilihat dari ajaran “*schuld*” pada umumnya, yang dimaksud dengan niat adalah sama dengan pengertian sengaja (*dolus*) dalam semua gradasinya. Pencantuman niat dalam perumusan percobaan merupakan suatu kekhususan. Misalnya: Orang berniat untuk merusak barang (Pasal 338 KUHP), orang berniat untuk mencuri (Pasal 362 KUHP), orang berniat untuk merusak barang (Pasal 406 KUHP), orang belum berumur 15 tahun (Pasal 287 KUHP). Orang berniat untuk membeli benda “yang sepatutnya dapat diduganya” bahwa penjual itu telah memperoleh barang itu dari kejahatan (Pasal 480 KUHP) dan lain sebagainya. Pada contoh tersebut *culpa*. Dikatakan “mungkin”, karena tidak untuk semua kejahatan *culpa* dapat diterapkan. Misalnya, sudah barang tentu sukar dapat dibayangkan

adanya “kemungkinan” orang berniat dalam kealpaannya untuk menyebabkan matinya orang lain (Pasal 359 KUHP). Di sini pula letak keistimewaan dari perumusan Pasal 359 KUHP, yang merumuskan berbagai macam “tindakan” (sopir menubruk, juru rawat salah memberi obat, serdadu kurang hati-hati membersihkan senjata dan lain sebagainya) hanya merumuskan dalam istilah ‘karena kealpaan’. Artinya sedari awal ketentuan yang terdapat di dalam Pasal 359 KUHP tersebut tidak menuntut “niat” dari si pembuat.

2. Permulaan pelaksanaan tindakan (*begin van uitvoering*)

Ada dua cara untuk menafsirkan kalimat “**Permulaan pelaksanaan tindakan (*begin van uitvoering*)**”. Pertama, penafsiran secara tata bahasa (gramatikal) dan kedua, penafsiran secara sistematis. Jika kita menggunakan penafsiran secara tata bahasa, maka sesuai perumusan percobaan, kata-kata “niat” yang mendahuluinya yang terdapat dalam pokok-kalimat perumusan tersebut, Jadi yang dimaksud ialah: permulaan pelaksanaan tindakan dari niat si pelaku. Jika penafsiran ini dihubungkan dengan ajaran tentang dasar-dasar pembedaan percobaan, maka ia termasuk dalam “ajaran percobaan subjektif”.

Tetapi jika digunakan penafsiran secara sistematis, baik pada pokok kalimatnya demikian pula pada anak kalimatnya (yang berbunyi: “Dan pelaksanaan tindakan itu tidak selesai.....”), terdapat istilah yang sama yaitu pelaksanaan tindakan. Karena istilah-istilah itu harus sama artinya, maka istilah itu harus dikembalikan kepada persoalan-pokoknya yaitu percobaan terhadap kejahatan. Sehingga yang dimaksud adalah: pelaksanaan tindakan dari kejahatan. Dihubungkan dengan ajaran pembedaan percobaan, maka hal ini termasuk dalam “ajaran percobaan objektif”.

Akibat dari perbedaan cara penafsiran tersebut, pemecahan persoalan menjadi tidak semakin mudah. Selanjutnya maka sekarang dipersoalkan apakah yang dimaksud dengan *permulaan pelaksanaan tindakan* (baik dihubungkan dengan niat maupun kejahatan), karena KUHP sebagai ketentuan undang-undang sendiri tidak memberikan suatu pembatasan maupun penjelasan lainnya.

Sementara itu, *MvT* memberikan penjelasan mengenai percobaan yang satu sama lainnya berbeda sebagai berikut:

- a. Pelaksanaan tindakan dari kejahatan. Percobaan adalah *pelaksanaan tindakan dari kejahatan* yang telah dimulai tetapi tidak selesai.
- b. Pelaksanaan tindakan dari niat. Di lain pihak dirumuskan pula bahwa, percobaan adalah sesuatu permulaan *pelaksanaan tindakan dari niat* yang dinyatakan untuk melakukan suatu kejahatan tertentu.

Dari perumusan a dapat disimpulkan, bahwa KUHP seolah-olah menganut ajaran percobaan objektif, sedang dari perumusan b mirip dengan ajaran percobaan subjektif. Dengan penjelasan ini pun persoalannya belum terpecahkan.

Untuk memudahkan memahami perumusan a dan b di atas, maka perlulah diilustrasikan suatu contoh kasus "Amat-Badu" dengan faktor-faktornya sebagai berikut: Amat berkehendak untuk membunuh Badu. Untuk itu Amat melakukan beberapa rentetan-perbuatan:

1. Amat meminjam atau membeli sepucuk pistol.
2. Amat membawa pistol itu ke rumahnya.
3. Amat melatih diri menggunakan pistol tersebut.
4. Amat merencanakan penembakan yang akan dilakukannya.
5. Amat kemudian membawa pistol ke jurusan rumah Badu
6. Sesaat setelah Amat melihat Badu, ia mengisi pistol tersebut.
7. Amat membidikkan pistol kepada Badu.
8. Amat melepaskan tembakan ke arah Badu

Jika dinilai dari rentetan-rentetan kejadian di atas, maka dengan mendasari ajaran atau pendirian yang ekstrem subjektif, sejak mulai dari rentetan 1 sudah terjadi permulaan pelaksanaan tindakan, karena yang menjadi ukuran utama adalah kehendak-jahat dari pelaku. Artinya rentetan 1 saja sudah dapat dinilai sebagai permulaan pelaksanaan tindakan dari niat pelaku.

Sedangkan kalau dinilai dengan mendasari ajaran objektif, yang ukuran penilaiannya telah ada **bahaya** bagi suatu kepentingan yang dilindungi hukum, pada rentetan 6 atau bahkan pada rentetan 7 terjadi permulaan pelaksanaan terhadap kejahatan-pembunuhan itu baru terjadi.

Dari uraian tersebut tetap masih terdapat kesulitan. Letak kesulitan itu adalah untuk menarik batas antara:

- a. Persiapan pelaksanaan (*voorbereidings-handeling*)
 - yang tidak dipidana, dengan
- b. tindakan pelaksanaan (*uitvoerings-handeling*)
 - yang dipidana.

Batas yang tegas antara ketentuan a dan ketentuan b, juga tidak dirumuskan secara tegas. Dengan demikian persoalan ini hanya akan (dapat) dipecahkan secara kasuistik (mengumpulkan dan menilai rentetan-rentetan kejadian yang mungkin ada), baik menurut suatu peraturan yang tidak mungkin ditampung dalam undang-undang, maupun menurut ilmu pengetahuan hukum pidana.

Tindakan yang dapat dianggap sebagai permulaan-pelaksanaan tindakan (yang dapat dipidana) ialah: setiap tindakan yang telah membuktikan kehendak yang kuat dari pelaku. Jika pendapat ini diterapkan kepada contoh kasus Amat-Badu, maka baru pada saat melakukan rentetan 6 dapat dibuktikan adanya kehendak yang kuat. Tampak sekarang bahwa dengan adanya *pembatasan* itu, rentetan-rentetan sebelum 6, tidak lagi dianggap sebagai permulaan-pelaksanaan-tindakan.

Dapat pula dinyatakan, bahwa yang dapat dianggap sebagai permulaan pelaksanaan tindakan adalah apabila *tindakan itu mempunyai sifat terlarang* terhadap suatu kepentingan hukum. Jika pembatasan ini diterapkan kepada contoh kasus Amat-Badu, maka rentetan-rentetan 6, 7 dan 8 yaitu mengisi pistol, mengarahkannya kepada B dan lalu menembakkannya, yang dapat dianggap sebagai permulaan-pelaksanaan tindakan.

Sementara Simons¹⁷¹ (penganut ajaran objektif) memberikan ciri-ciri dari tindakan pelaksanaan yang bertolak-pangkal pada perumusan undang-undang sebagai berikut: pada delik formal dikatakan ada permulaan-pelaksanaan-tindakan, bilamana tindakan itu merupakan sebahagian dari perbuatan yang dirumuskan (terlarang) oleh undang-undang, dan pada delik-material bilamana tindakan itu menurut sifatnya *langsung* akan menimbulkan akibat yang dilarang oleh undang-undang. Jadi tidak ada tindakan lainnya lagi antara tindakan tersebut dengan akibat yang seharusnya akan terjadi.

Ternyata putusan-putusan *Hoge Raad* pun, seiring dengan ajaran objektif dalam menentukan ciri-ciri dari permulaan-pelaksanaan-tindakan itu pada: adanya hubungan langsung (*rechtstreeks verband, noodzakelijk en onmiddelijk verband*) antara tindakan dengan kejahatan yang diniatkan oleh pelaku.¹⁷² Putusan-putusan *Hoge Raad* tersebut antara lain adalah:

- a. Dalam hal kejahatan perkosaan, seorang pria telah merangkul seorang wanita dan menciumnya. Kemudian memaksanya tergeletak di atas tanah, dan menyumbat mulut wanita itu supaya tidak berteriak. Tetapi wanita itu mengadakan perlawanan yang kebetulan pula kemudian mendapat pertolongan dari dua orang laki-laki lainnya, sehingga tidak dapat diselesaikan perkosaan itu. *Hoge Raad* telah memutuskan adanya (permulaan) tindakan-pelaksanaan (*Arrest Hoge Raad 11 Januari 1904 W 8015*). Sejiwa dengan putusan ini, *Hoge Raad* telah menetapkan adanya permulaan-pelaksanaan-tindakan pada kejahatan-pencurian Pasal 365 KUHP, bilamana untuk maksud mempersiapkan atau mempermudah pencurian itu, telah adanya kekerasan terhadap seseorang yang akan dirugikan itu (*Putusan Hoge Raad, 28 Juli 1911 W. 9225 dan 27 Juni 1932. W. 12520*).
- b. Pada putusan *Hoge Raad* tentang kejahatan pembakaran (*brandstichtingsarrest, arrest Hoge Raad, 19 Maret 1934, W. 12731*), telah diputuskan tidak ada permulaan pelaksanaan tindakan, karena tidak ada tindakan pelaku yang cukup berdekatan untuk penyelesaian pembakaran itu yang dapat dianggap sebagai (permulaan) pelaksanaan tindakan. kejadiannya adalah sebagai berikut: Tersangka A telah berniat untuk membakar suatu

¹⁷¹ Simons. *Kitab Pelajaran Hukum Pidana (Leerboek van Het Nederlanches Strafrecht)*, Terjemahan P.A.F. Lamintang (Bandung: Pionir, 1992), hlm. 170.

¹⁷² Schreuder *Op. Cit.*, hlm. 216.

rumah. Pada beberapa kamar telah dipasang bahan-bahan pembakar dan di dapur di atas kompor gas telah ditaruh sebuah pistol gas yang jika seberkas api meloncat, akan terbakar seluruh rumah. Pada pelatuk pistol gas diikatkan seutas tali dan diulurkan melalui tembok rumah ke luar. Tindakan selanjutnya bagi tersangka hanyalah, jika nanti sudah gelap (malam), ia akan kembali ke rumah itu untuk mengambil beberapa bungkusan, dan kemudian menarik ujung tali yang terulur itu dan akan terbakarlah seluruh rumah. Rencana terakhir tidak dapat dilaksanakan karena orang-orang telah banyak mengerumuni rumah itu setelah mencium bau bensin. Untuk kejadian tersebut tersangka A ditahan kemudian dibebaskan. Putusan *Hoge Raad* ini telah banyak dikritik, terutama sekali oleh para sarjana yang beraliran ajaran subjektif.

Schreuder telah membuat catatan mengenai putusan terakhir ini sebagai berikut :

- Bahwa *Hoge Raad* tidak melepaskan diri dari syarat-syarat:
"Harus adanya hubungan-langsung antara tindakan dengan rumusan delik menurut undang-undang" seperti telah pernah diputuskannya. (Bukankah tindakan A itu tidak akan menimbulkan kebakaran jika tidak ada tindakan-lanjutannya?)
- Bahwa *Hoge Raad* bertolak pangkal pada pendirian: bahwa tak ada percobaan yang (pelakunya) dapat dipidana, selama masih ada kemungkinan (kesempatan) bagi pelaku untuk mengurungkan niatnya secara sukarela dan kehendak yang kuat dari pelaku belum begitu tegas.

Sejalan dengan ajaran percobaan objektif, ada juga terdapat putusan Mahkamah Agung dalam tingkat kasasi tentang percobaan pencurian, yang dalam amar putusannya mengatakan antara lain, bahwa perbuatan yang baru berupa menyembunyikan diri saja belum dapat dianggap sebagai permulaan pelaksanaan (tindakan), oleh karena belum dapat dianggap membahayakan kepentingan hukum, sehingga demikian terdakwa dibebaskan.

Kasusnya adalah sebagai berikut: Seorang karyawan kantor pos di Medan berniat mencuri barang-barang yang berharga yang terdapat dalam kantor-pos tersebut. Mendekati saat kantor-pos ditutup (siang harinya), pegawai tadi menyembunyikan diri dalam kamar-kecil, dengan maksud setelah semua pegawai pulang, kantor ditutup, ia akan ke luar kamar kecil itu untuk melaksanakan niatnya. Malang bagi pegawai itu yang pada saat ia berada dalam kantor setelah ke luar dari kamar kecil, kepala kantor-pos berkebetulan kembali lagi ke kantor itu yang bermaksud akan mengambil beberapa surat untuk dikerjakan di rumah dan menemukan pegawai itu. Atas pertanyaan kepala kantor-pos tersebut, tadi terus terang mengakui niatnya. Kepala kantor pos lalu menyerahkan pegawai itu kepada polisi untuk mengurus perkara tersebut. Kepala polisi tersebut, pegawai itu juga mengakui tentang adanya kehendaknya untuk melakukan pencurian. Hakim

Pengadilan Negeri dalam putusannya telah menyatakan terbuktinya percobaan terhadap pencurian setelah diperiksa dalam sidang dan memidana pegawai tersebut.

Pegawai itu tidak menerima putusan Pengadilan Negeri tersebut, lalu ia memohon naik banding. Ternyata Pengadilan Tinggi sependapat dengan putusan pertama, lalu menguatkan putusan pertama dalam Putusan Banding. Kemudian pegawai itu mengajukan kasasi kepada Mahkamah Agung, karena ia tetap pada pendiriannya tidak dapat menerima putusan tersebut. Ternyata Mahkamah Agung memberikan putusan-sendiri membebaskan karyawan kantor pos tersebut.

Terhadap adanya disparitas adanya dua aliran dalam percobaan ini, Pompe¹⁷³ yang tidak merasa puas baik kepada ajaran subjektif maupun kepada ajaran objektif, melihat adanya kekurangan-kekurangan pada ajaran-ajaran tersebut, memberikan pembatasannya sebagai berikut: Tindakan-pelaksanaan dianggap ada, pada setiap tindakan yang memungkinkan pelaksanaan penyelesaian dari kejahatan tersebut. Dengan perkataan lain suatu tindakan, yang ditujukan untuk menyatakan penyelesaian-tindakan pelaksanaannya. Kenyataan itu dapat juga disebut sebagai "bahaya", tetapi bukan bahaya terhadap kepentingan-hukum, melainkan bahaya akan terselesaikannya kejahatan tersebut. Kiranya pendirian Pompe ini dapat disebut sebagai jalan tengah antara kedua ajaran tersebut, untuk menutup kekurangan-kekurangan yang dikonstatirnya pada masing-masing ajaran itu.

Sejalan dengan pendirian Jonkers¹⁷⁴, percobaan yang dimaksud oleh undang-undang, (sebagaimana dirumuskan dan demikian pula berdasarkan nilai-nilai keadilan), bukan hanya mempersoalkan keberbahayaan dari pelaku dan bukan pula hanya mempersoalkan keberbahayaan dari tindakan pelaku melainkan sesuai dengan problema hukum pidana di mana pelaku dan tindakannya tidak mungkin dipisahkan, baik pelakunya maupun tindakannya harus mendapat penilaian yang wajar. Penilaian dengan hanya mengutamakan keberbahayaan dari pelaku saja adalah berat sebelah, demikian pula sebaliknya. Hukum-pidana tidak hanya melindungi kepentingan sepihak saja, tetapi semua pihak dengan nilai-nilai keadilan yang hidup serta sebanyak mungkin memuaskan semua pihak

Sejajar dengan pendirian Pompe, adalah lebih tepat untuk menganggap ada tindakan-pelaksanaan (dari permulaannya sampai dengan terhentinya) apabila *niat pelaku* (yang sudah ternyata dalam tindakannya) dan tindakannya itu sendiri, *menurut penilaian yang wajar* sudah mendekati kenyataan akan terwujudnya penyelesaian kejahatan itu. Sungguhpun perumusan ini belum sempurna tetapi diharapkan bahwa faktor-faktor berikut ini akan tercakup pula sebanyak mungkin di dalamnya, yaitu:

¹⁷³ Pompe, *Op. Cit.*, hlm. 201.

¹⁷⁴ Jonkers, *Op. Cit.*, hlm. 97.

- a. Adanya hubungan langsung dalam arti diperluas antara tindakan (pelaksanaan) dengan terselesaikannya kejahatan yang dituju;
- b. Antara tindakan (yang terhenti) dengan penyelesaian kejahatan, menurut perhitungan yang wajar sudah tidak ada lagi kesempatan untuk mengurungkan niatnya atau untuk menarik diri secara sukarela;
- c. Keberbahayaan dari kepentingan hukum sudah dapat dipandang ada, yang sesuai dengan maksud perlindungan hukum terhadap kepentingan tersebut;
- d. Keberbahayaan pelaku yang ternyata dari tindakannya menurut penilaian umum sudah harus dicegat;
- e. Dan akhirnya, baik *niat* yang sudah ternyata dari tindakannya itu maupun *tindakannya* itu sendiri sudah dapat dianggap merupakan suatu kenyataan akan dapat terselesaikannya kejahatan, jika tidak ada penghalang di luar kemauan pelaku. Dan kenyataan ini sekaligus memberi kualifikasi dari "percobaan sebagai tindak pidana khusus".

Jika dipersoalkan, yang manakah di antara (a) sampai dengan (e) yang harus diutamakan? Jawabnya ialah, justru karena KUHP tidak memberi batasan yang tegas, maka persoalan tersebut harus dipecahkan secara kasuistik.

Pendirian seperti tersebut di atas ini kiranya harus didasarkan kepada kebutuhan dan kesadaran-hukum dari masyarakat yang bersangkutan. Bertalian dengan ini telah pernah diutarakan ketika membahas pembelaan-terpaksa, yaitu mengenai apakah pemasangan "perangkap" termasuk pembelaan terpaksa atau tidak. Contoh yang disitir oleh Wirjono¹⁷⁵ mengenai suatu kejadian: "Bahwa pada tahun 1948 di Surabaya dengan tujuan mencegah pencurian oleh orang yang memanjat tembok pekarangannya, di atas tembok itu dipasang kawat-kawat listrik. Kemudian ada seorang pencuri memanjat tembok itu dan menyentuh kawat-kawat listrik dan meninggal dunia, Kini pun pemasang kawat listrik itu dihukum", telah dikomentari Oleh beliau dan antara lain: "... kalau di suatu tempat pencurian-pencurian merajalela, sehingga tindakan-tindakan semacam yang dilakukan oleh para pemilik barang tersebut, *merupakan satu-satunya jalan* untuk maka sekiranya dapat saja dianggap ada *noodweer* atau membela diri dari pihak para pemilik barang".

Dari pendapat tersebut jika dihubungkan dengan percobaan, seandainya calon pencuri itu tidak mati tetapi hanya mendapat cedera saja, pada saat dia menyentuh kawat-listrik itu dapat dipersoalkan: apakah telah terjadi percobaan terhadap pencurian? Menurut pembatasan yang telah diutarakan di atas dihubungkan dengan pendapat dari Wirjono kiranya adalah lebih tepat untuk mengatakan bahwa percobaan terhadap pencurian telah terjadi. Dengan perkataan lain permulaan pelaksanaan tindakan telah ada/ternyata. Pada contoh yang

¹⁷⁵ Wirjono, *Op. Cit.*, hlm. 67.

dikomentari itu jelas terlihat perlu adanya gabungan penilaian antara keberbahayaan dari si pencuri dengan tindakannya yang membahayakan milik pemasang kawat listrik tersebut.

3. Pelaksanaan tindakan tidak selesai karena keadaan di luar kehendak pelaku.

Pada syarat ketiga ini ada tiga macam hal yang menjadi perhatian yaitu:

- a. Tidak selesai
- b. Hanya
- c. Keadaan-keadaan di luar kehendak pelaku.

Bahwa dari rumusan ketiga syarat di atas yang tidak selesai itu adalah kejahatan, atau kejahatan itu tidak terjadi sesuai dengan ketentuan dalam undang-undang, atau tidak sempurna memenuhi unsur-unsur dari kejahatan menurut rumusannya. Dengan perkataan lain niat pelaku untuk melaksanakan kejahatan tertentu yang sudah dinyatakan dengan tindakannya **terhenti** sebelum sempurna terjadi kejahatan itu. Dapat juga dikatakan, bahwa tindakan untuk merugikan sesuatu kepentingan hukum yang dilindungi oleh undang-undang-hukum-pidana itu terhenti sebelum terjadi "kerugian" yang sesuai dengan perumusan undang-undang.

Sementara yang dimaksud dengan keadaan di luar kehendak pelaku, adalah setiap keadaan baik badaniah (fisik) maupun rohaniah (*psychis*) yang datang dari luar yang menghalangi atau menyebabkan tidak sempurna terselesaikan kejahatan itu. Keadaan badaniah, dalam hal pembunuhan yang hendak dilakukan A terhadap B misalnya:

- Pada saat A membidikkan pistolnya, dipukul oleh orang ketiga.
- Teh beracun yang disediakan A (pembantu) ketika hendak diminum oleh B (majikannya), mendadak diserbu oleh seekor kucing, sehingga tumpah seluruhnya.
- Tembakan yang mengenai B, hanya mengakibatkan luka ringan, atau tidak apa-apa karena tembakannya A meleset. A tidak jadi menembakkan pistolnya karena mendadak tanah injaknya longsor atau terjadi gempa bumi, dan lain sebagainya.

Keadaan-keadaan rohaniah. Misalnya pada saat ia hendak menembakkan pistolnya, ia merasa **takut** karena jangan-jangan di sekitarnya itu ada petugas-petugas hukum yang akan memergoki perbuatannya, Keadaan itu bukan hanya tindakan manusia saja, tetapi juga perbuatan makhluk lainnya, maupun karena peristiwa alam. Bahkan keadaan kerohanian yang datang dari luar, hingga tidak terselesaikan hal itu berada di luar kehendak pelaku. Rasa takut sebagai penyebab tidak diselesaikannya tindakan itu dalam hukum pidana sebagai keadaan yang berada di luar kehendak pelaku. Tetapi apakah rasa takut itu selalu dapat dianggap

sebagai pemenuhan syarat ke-3 dari percobaan yang dengan demikian dapat dipidana, tergantung daripada: *kapankah* rasa takut itu telah mempengaruhi pelaku, yang menyebabkan dia tidak meneruskan tindakannya itu? Kalau misalnya rasa takut itu telah mempengaruhi Amat pada saat-saat faktor tersebut 1) sampai dengan 3) pada contoh kasus "Amat-Badu" yang karenanya ia mengurungkan niatnya dengan sukarela, maka tiada percobaan telah terjadi. Tegasnya tenggang waktu yang dapat dibenarkan untuk menyatakan rasa penyesalan dihubungkan dengan syarat kedua dan ketiga, harus selalu menjadi perhatian dan menilainya secara kasuistik pada tiap-tiap kejadian.

Penggunaan istilah **hanyalah**, perlu mendapat perhatian pula. Berarti, kendati pengurungan niat atau tidak meneruskan pelaksanaan tindakan tersebut secara sukarela dan karena penyesalan, tetapi disertai dengan perasaan **takut** tetap masih dapat dipidana karena percobaan.

Kalau tidak selesainya tindakan-pelaksanaan itu adalah karena keadaan yang sesuai atau yang tergantung kepada kehendak pelaku, maka dikatakan syarat ke-3 dari percobaan ini dianggap tidak dipenuhi. Keadaan yang tergantung kepada kehendak pelaku adalah bilamana ia dengan sukarela mengundurkan diri (*vrijwillig terugtreden*) atau dengan kemauan sendiri, tanpa paksaan atau pengaruh di luar kehendaknya menghentikan/tidak melanjutkan tindakannya itu. Tenggang waktu untuk masih dapat dianggap ada *rasa-penyesalan*, harus dinilai secara kasuistik pada tiap-tiap persoalan. Karena dalam praktik kehidupan sehari-hari keadaan-keadaan tidak selalu sama. Misalnya dalam kasus "pencuri yang kena listrik" di atas, rasa penyesalan hanya mungkin ada sampai dengan saat "pencuri" itu akan menyentuh kawat listrik. Tetapi seandainya pencuri itu dapat meloncati/ melewati kawat-listrik itu sampai di pekarangan di mana benda yang hendak dicuri itu berada, kemudian ia merasa menyesal dan meloncat ke luar tembok kembali, kesempatan untuk menganggap ada *rasa-penyesalan*, sebaiknya dapat diterima. Demikian juga seorang pembantu yang pada saat majikannya meminum teh beracun yang disediakannya, dengan segera mencegah dan minta ampun atas kekeliruannya harus dianggap ada "*rasa-penyesalan*" tersebut.

Mudah dapat dipahami bahwa pengunduran diri, karena rasa penyesalan, seakan-akan merupakan peniadaan pidana (*starf-uitluitingsgrond*). Ada juga beberapa negara-negara asing yang menentukan bahwa pengunduran diri karena rasa penyesalan ini sebagai salah satu dasar peniadaan pidana dalam perundang-undangnya, tetapi dalam sistem per-undang-undangan kita di Indonesia tidak dikenal.

C. Teori-Teori Mengenai Percobaan

C.1. Percobaan yang Tidak Wajar (*Ondeugdelijke Poging*)

Dikatakan percobaan yang tidak wajar, bilamana niat pelaku telah dinyatakan dengan adanya permulaan pelaksanaan tindakan, tetapi tidak selesai pelaksanaan tindakan itu, adalah karena tidak mungkin terjadi dan di luar kehendaknya. Tegasnya ada keadaan yang di luar kehendak pelaku, yang tidak memungkinkan penyelesaian-tindakan itu, walaupun ia telah melakukan tindakan-tindakan ke arah penyelesaian itu. Keadaan itu bukan merupakan halangan/rintangan yang dilakukan oleh manusia, makhluk lainnya atau alam, melainkan karena alat untuk menyelesaikan tindakan itu, atau **sasaran** dari tindakan itu tidak wajar, yang tidak diketahui oleh pelaku. Jadi bukan percobaannya yang tidak wajar, tetapi ditujukan kepada alat atau sasarannya.

Untuk memudahkan memahami percobaan yang tidak wajar dalam hubungannya dengan ajaran-ajaran subjektif dan objektif, di bawah ini diberikan beberapa contoh.

a. Alatnya mutlak tidak wajar.

A pergi ke apotek untuk membeli arsenikum (racun tikus) dengan maksud memasukkannya ke dalam minuman B, supaya B mati. Karena kesalahan apoteker, telah diberikan sebungkus gula kepada A yang seharusnya arsenikum. A tidak mengetahui kekeliruan itu. Sesampainya di rumah benda tersebut telah dilarutkan ke dalam minuman B. Ternyata setelah B meminumnya, tidak terjadi apa-apa.

b. Alatnya relatif tidak wajar.

C berniat membunuh D, dengan menggunakan arsenikum. Ternyata setelah diminum oleh D, ia hanya agak sakit perut saja. Hal ini mungkin karena takaran (dosis) arsenikum kurang, atau karena daya tahan D terhadap arsenikum itu sangat kuat.

c. Sasaran mutlak tidak wajar.

E hendak membunuh F yang sudah sakit jantung. Pada suatu malam E yang mengira F sedang tidur, ditembaknya beberapa kali, sehingga ia yakin bahwa F telah mati karena tembakannya itu. Ternyata menurut visum dokter dekat sebelum penembakan itu, F sudah mati. Berarti E telah menembak mayat.

d. Sasaran relatif tidak wajar

G berniat membunuh H. Pada suatu ketika G menusuk H dengan sebuah kelewang. Ketika H ditusuk, di luar dugaan malah kelewang tersebut yang bengkok karena H memakai tameng besi, di dalam baju H tidak menderita apa-apa.

Menurut ajaran subjektif, A, C, E dan G telah menyatakan niatnya dengan pelaksanaan-tindakan dan sifat keberbahayaan para pelaku telah ternyata pula. Maka dalam keempat contoh kejadian tersebut sudah terjadi percobaan, karena itu dapat dipidana.

Tetapi penilaian berdasarkan ajaran objektif, pada umumnya hanya pada contoh b dan d, dianggap ada keberbahayaan kepentingan-kepentingan hukum, karenanya telah ada percobaan terjadi dan dapat dipidana. Pada contoh a dan c dikatakan tidak terjadi keberbahayaan bagi kepentingan hukum, karenanya tidak terjadi percobaan dan tidak dapat dipidana. Alasan-alasan yang dikemukakan ialah bahwa pada contoh a di atas, gula pada umumnya tidak merupakan racun yang mematikan manusia. Dalam hal ini dikecualikan orang-orang yang berpenyakit gula. Sementara pada c dikatakan, sasaran dari suatu pembunuhan adalah manusia. Mayat tidak mungkin jadi sasaran pembunuhan, karena itu tidak mungkin terjadi pembunuhan, demikian pula percobaan terhadap pembunuhan.

Pemecahan persoalan sekitar percobaan yang tidak wajar, ternyata tidak sesederhana seperti telah diutarakan di atas. Ini terbukti dari Putusan-putusan pengadilan yang pernah terjadi antara lain sebagai berikut:

- **Kasus “Peti-uang”**

Seseorang telah dipersalahkan melakukan percobaan terhadap pencurian karena ia telah membongkar peti-uang dengan maksud akan mengambil uang dari dalam. Di luar dugaannya ternyata peti-uang itu kosong. Pertimbangan hakim ialah bahwa peti-uang itu, pada umumnya berisi uang.

- **Kasus pencopet**

Seorang pencopet juga telah dipersalahkan melakukan percobaan pencurian, karena ia memasukkan tangannya ke kantong seorang wanita dengan maksud menggaet uang tetapi tertangkap basah. Apakah kantong itu sedang berisi uang atau tidak, tidak dipersoalkan. Yang dijadikan pertimbangan adalah bahwa kantong itu pada umumnya berisi uang¹⁷⁶). Sejalan dengan dua putusan tersebut di atas, masih banyak contoh-contoh yang dapat diberikan misalnya:

- **Kasus pistol kosong**

A mau membunuh B dengan pistol. Ternyata ketika A menembak, pistol itu kosong. Jika pertimbangan ditekankan pada “kosongnya peluru”, maka pistol itu adalah alat yang mutlak tidak wajar. Sampai kapan pun, pistol tanpa peluru, tak akan dapat ditembakkan untuk membunuh. Tetapi jika pertimbangan ditekankan pada keberbahayaan dari pistol dia acungkan, sedangkan pistol tersebut mungkin saja terisi, baik karena pemakai itu sendiri lupa mengosongkannya atau diisi salah

¹⁷⁶ Schreuder, *Op. Cit.*, hlm. 224.

seorang anggota keluarganya maka pistol itu pada umumnya dapat membunuh orang.

- **Contoh kasus percobaan pembunuhan dengan racun.**

Jonkers¹⁷⁷ telah memberi suatu contoh di mana beliau telah menganggap ada percobaan-pembunuhan. Kejadiannya adalah sebagai berikut: Seorang pelayan berniat membunuh majikannya dengan meracuni minuman yang biasanya dihidangkannya. Sebelum dihidangkannya, ternyata minuman tersebut telah diganti oleh pelayan lainnya yang bentuk dan warnanya sama tetapi tanpa racun. Kemudian pelayan kedua itu menghidangkan minuman yang telah diganti tersebut. Setelah majikan meminumnya tidak terjadi apa-apa.

Dari contoh-contoh yang diutarakan di atas jelas kelihatan betapa sulitnya untuk memberi garis batas antara yang mutlak dan yang relatif. Kemutlakan atau kerelatifan itu, jika dasar penilaiannya adalah: apakah wajar atau tidak, terlepas dari seluruh kejadian yang terkait padanya, akan tidak memuaskan rasa keadilan. Artinya jika tolak-pangkal pemikiran terletak pada tanya-jawab: apakah pistol tanpa peluru dapat menembak mati seorang manusia atau tidak? Jika tidak, pistol itu adalah mutlak tidak wajar. Apakah minuman biasa (tanpa racun) mematikan manusia atau tidak? Jika tidak, maka minuman itu adalah mutlak tidak wajar.

Pada akhirnya, untuk menilai kemutlakan dan kerelatifan, tidak tepat hanya mendasari penilaian kepada wajar atau tidaknya sesuatu *alat* atau *sasaran* saja. Juga kurang tepat hanya mendasari penilaian kepada *keberbahayaan* dari *pelaku* yang telah menyatakan niatnya dengan suatu tindakan, tetapi harus dinilai seluruh kejadian baik mengenai keberbahayaan dari pelaku maupun wajar/tidaknya alat atau sasarannya. Jelaslah bahwa pertimbangan-pertimbangan itu banyak tergantung pada cara menafsirkan dan cara menilai seluruh kejadian yang saling berkaitan antara satu dengan yang lain.

C.2. Percobaan Dikualifisir, Sempurna Selesai, dan Tercegat

Ada beberapa ajaran lainnya yang sering dibicarakan sehubungan dengan percobaan. Kendati ajaran ini hingga saat ini belum penting karena sistem hukum pidana kita tidak mengenalnya, akan tetapi perlu juga sekadar diketahui. Ajaran/pengertian tersebut adalah apa yang dinamakan: "*percobaan yang dikualifisir*"

Percobaan yang dikualifisir adalah, bilamana pelaku membatalkan lanjutan tindakan yang diniatinya secara sukarela, untuk melakukan suatu tindak-pidana (kejahatan) tertentu, tetapi telah memenuhi unsur-unsur dari tindak-pidana lainnya. Dalam hal ini pelaku dapat dituntut pidana berdasarkan tindak-pidana lainnya itu.

¹⁷⁷ Jonkers, *Op. Cit.*, hlm. 103.

Contohnya: A hendak membunuh B sekeluarga. Untuk melaksanakan niatnya itu, pada tengah malam A menyiram rumah B dengan bensin dan membakarnya dengan maksud supaya B sekeluarga mati terbakar. Tetapi setelah terjadi kebakaran, ia merasa menyesal (secara sukarela), lalu ia mendobrak salah satu pintu yang belum terbakar dan turut mengusahakan supaya B dan keluarganya selamat. Akhirnya B dan keluarganya selamat, tetapi rumah B tetap terbakar. Dalam hal ini A dipersalahkan melakukan pembakaran rumah, sedangkan untuk percobaan-pembunuhan tidak. Artinya percobaan untuk membunuh yang tidak dipidana diubah menjadi pembakaran.

Sekiranya terhindarnya B dengan keluarganya dari pembunuhan, bukan atas usaha A, maka untuk ini ada yang berpendapat bahwa telah terjadi percobaan terhadap pembunuhan (bergabung/*samenloop*) dengan pembakaran Pasal 340 jo 53 dan 187 ke-2 KUHP, tetapi ada yang menyederhanakannya bahwa hanya kejahatan tersebut Pasal 187 ke-2 yang terjadi (percobaan yang dikualifisir). Pendapat yang Pertama adalah lebih luas daripada yang kedua. Demikian juga halnya jika seorang hendak membunuh lawannya tetapi hanya luka yang terjadi, dikualifisir sebagai penganiayaan

C.3. Percobaan Terhadap Makar dan Mufakat Jahat

Ketentuan-ketentuan lain yang mirip dengan percobaan yang diatur dalam KUHP adalah *makar* dan *mufakat jahat*. Menurut Pasal 87 KUHP, dikatakan ada makar terhadap suatu tindakan, jika niat pelaku telah dinyatakan dengan adanya permulaan-pelaksanaan-tindakan, seperti dimaksud dalam Pasal 53 KUHP.

Makar, hanya pada beberapa kejahatan tertentu saja ditentukan dalam KUHP. Terutama dalam buku kedua bab I, II dan III (kejahatan terhadap keamanan negara, martabat presiden dan wakil presiden, sahabat dan kepala negara sahabat serta wakilnya). Dihubungkannya makar dengan percobaan (Pasal 53 KUHP), ditafsirkan bahwa dari tiga syarat percobaan yang ditentukan. Untuk menentukan *adanya makar* sudah cukup jika dipenuhi dua syarat yang terdahulu saja. Selanjutnya untuk adanya makar tidak perlu dipersoalkan, apakah yang itu berhasil atau ancaman pidana bagi *makar* yang sudah sempurna (Pasal 87 KUHP) terhadap suatu kejahatan tertentu, percobaan terhadap kejahatan tersebut (misalnya pembunuhan Presiden) dan terselesaikan “kejahatan khusus” itu sendiri *sama saja* dan termasuk dalam ketentuan pada pasal yang bersangkutan (kejahatan selesai). Perlu diperhatikan juga bahwa pembatalan niat secara suka rela dalam soal makar tidak meniadakan pidana.

Pasal 88 KUHP menentukan: Dikatakan ada mufakat jahat, jika dua atau lebih telah mufakat untuk melakukan kejahatan. Jika dibandingkan ketentuan dalam pasal ini dengan ketentuan percobaan terutama hal-hal yang dibahas dalam syarat kedua dari percobaan, yaitu persiapan-pelaksanaan (yang tidak dipidana) dan

tindakan-pelaksanaan (yang dipidana), maka mufakat jahat termasuk dalam pengertian pelaksanaan. Jika dalam percobaan, kegiatan sampai persiapan pelaksanaan saja belum diancam pidana, maka pada mufakat jahat (yang hampir sama dengan persiapan pelaksanaan) untuk kejahatan tertentu, sudah diancam pidana (para pelakunya). Ketentuan seperti ini sengaja diadakan justru untuk dapat mencegah kejahatan tertentu tersebut pada tingkat permulaannya sekali.

Persoalan lainnya yang timbul sehubungan hal-hal yang diutarakan di atas ialah: "Apakah percobaan terhadap kejahatan-kejahatan tersebut (makar, mufakat jahat dan pasal-pasal tertentu yang sifat tindakannya merupakan persiapan-pelaksanaan) mungkin ada dan dapat dipidana? Secara teoretis memang mungkin saja ada. Bukankah ketentuan dalam Pasal 53 KUHP itu berlaku terhadap kejahatan yang diatur dalam buku kedua KUHP? Tetapi dalam kenyataannya percobaan-percobaan terhadap kejahatan-kejahatan tertentu tersebut, sulit untuk dibayangkan terjadi, karena hal ini berarti akan menilai tindakan-tindakan yang jauh ke permulaan persiapan tindakan. Misalnya tindakan-tindakan yang mendahului berusaha-menggerakkan orang lain yang tersebut dalam Pasal 110 (2) ke-1 KUHP sukar sekali menentukannya sehubungan dengan percobaan. Demikian juga halnya dengan percobaan terhadap percobaan hanyalah mungkin secara teoretis saja, yang dalam kenyataannya tidak ada manfaatnya.

Pada akhirnya perlu juga diingat ketentuan dalam Pasal 86 KUHP sehubungan dengan percobaan, yaitu bahwa "percobaan melakukan kejahatan", termasuk juga dalam pengertian istilah kejahatan yang digunakan dalam Undang-undang hukum pidana, kecuali jika dinyatakan sebaliknya oleh suatu aturan. Ketentuan dalam Pasal 53 KUHP sendiri termasuk ketentuan yang mengatur sebaliknya dari Pasal 86. Berdasarkan Pasal 86, jika kejahatan tertentu itu merupakan kejahatan-aduan, maka percobaan terhadapnya-pun, merupakan percobaan delik aduan. Demikian juga jika kejahatan tertentu tersebut adalah kejahatan ringan, maka percobaan terhadapnya adalah percobaan terhadap kejahatan ringan. Padahal percobaan terhadap kejahatan ringan tidak diancam pidana.

V.

PENYERTAAN (*DEELNEMING*)

A. Dasar Hukum

Mengenai penyertaan dalam melakukan perbuatan pidana, diatur di dalam Pasal-pasal 55 s/d 62 KUHP.

Pasal 55 KUHP

1. *Dipidana sebagai pembuat (dader) sesuatu perbuatan pidana:*
 - Ke 1 : Mereka yang melakukan, yang menyuruh lakukan dan yang turut serta melakukan perbuatan;*
 - Ke 2 : Mereka yang dengan memberi menjanjikan sesuatu, dengan menyalahgunakan kekuasaan atau martabat, dengan kekerasan, ancaman atau penyesatan atau dengan memberi kesempatan, sarana atau keterangan sengaja menganjurkan orang lain supaya melakukan perbuatan.*
2. *Terhadap penganjur hanya perbuatan yang sengaja dianjurkan sajalah yang diperhitungkan, beserta akibat-akibatnya.*

Dari perumusan Pasal 55 KUHP tersebut, ternyata yang digolongkan/dianggap sebagai pelaku (*daders*) ada 4 (empat) macam, yaitu:

1. Mereka yang melakukan sendiri sesuatu perbuatan pidana (*plegen*).
2. Mereka yang menyuruh orang lain untuk melakukan sesuatu perbuatan pidana (*doen plegen*).
3. Mereka yang turut serta (bersama-sama) melakukan sesuatu perbuatan pidana (*medeplegen*).
4. Mereka yang dengan sengaja menganjurkan (menggerakkan) orang lain untuk melakukan perbuatan pidana (*uitloking*).

Meskipun Pasal 55 KUHP menggolongkan *daders* dalam 4 macam tersebut di atas, tetapi kemudian KUHP hanya membedakan 2 arti, yaitu:

1. Dalam arti luas, yaitu yang mencakup keempat golongan *daders* tersebut di atas.
2. Dalam arti sempit, yaitu *dader* dalam golongan No. 1 saja.

B. Pengertian Penyertaan

Pada dasarnya, suatu rumusan tindak pidana (delik) itu hanya diperuntukkan untuk pelaku tunggal, sehingga adanya ketentuan tentang penyertaan (*deelneming*) sebagaimana terdapat dalam Pasal 55 dan 56 KUHP menjadi sangat strategis untuk dibahas.

Bahwa yang dimaksud dengan pelaku adalah seorang yang melakukan suatu perbuatan, dalam hal ini suatu perbuatan pidana. Istilah pelaku selalu dikaitkan dengan unsur-unsur dari sesuatu tindak pidana. Jadi menurut ilmu hukum pidana yang dimaksud dengan pelaku adalah barang siapa yang telah mewujudkan/memenuhi semua unsur-unsur (termasuk unsur subjek) dari sesuatu tindak pidana sebagaimana unsur-unsur itu dirumuskan dalam undang-undang.

Dalam tataran praktis, terdapat kesulitan untuk menentukan siapakah yang dimaksud dengan “pelaku”, manakala terjadi suatu tindak pidana (delik) yang dilakukan oleh lebih dari satu orang pelaku. Hal mana jika pelakunya hanya satu orang saja, tiada persoalan mengenai hubungan unsur subjeknya dengan unsur lainnya. Tetapi jika pelakunya lebih dari satu orang, maka terdapat perbedaan paham antara para sarjana mengenai apakah setiap peserta harus memenuhi setiap unsur tindak pidana tersebut. Sebagaimana diketahui bahwa penyerta pada umumnya dibagi dalam dua golongan saja yang *diukur dari pemicanaannya* yaitu golongan yang disamakan dengan pelaku dan golongan pembantu.

Secara luas dapat disebutkan bahwa seseorang turut serta ambil bagian dalam hubungannya dengan orang lain, untuk mewujudkan suatu tindak pidana, mungkin jauh sebelum terjadinya (misalnya: merencanakan), dekat sebelum terjadinya (misalnya: menyuruh atau menggerakkan untuk melakukan memberikan keterangan dan sebagainya), pada saat terjadinya (misalnya: turut serta, bersama-sama melakukan atau seseorang itu dibantu oleh orang lain) atau setelah terjadinya suatu tindak pidana (menyembunyikan pelaku atau hasil tindak pidana pelaku).

Selanjutnya, jika subjek itu hanya satu orang saja, maka tidak ada persoalan mengenai siapa yang dipertanggungjawabkan, jika semua unsur-unsurnya telah terpenuhi. Tetapi bilamana subjek itu terdiri dari dua orang atau lebih, maka timbullah persoalan mengenai: apakah tiap subjek itu harus memenuhi semua unsur-unsur dari tindak pidana tersebut, bagaimana hubungan antara subjek-subjek tersebut dan terutama bagaimanakah pertanggungjawaban pidana setiap subjek.

Pembedaan hubungan antara para pelaku peserta tersebut adalah sangat penting karena akibat hukum atau pertanggungjawaban yang dikaitkan pada para pelaku-peserta dibedakan secara tegas tergantung pada erat tidaknya hubungan-hubungan itu. Demikianlah misalnya pertanggungjawaban pidana dari dua orang atau lebih yang bersama-sama melakukan suatu tindak pidana adalah sama, tetapi antara pelaku (utama) dan yang membantunya tidak sama.

Pada akhirnya, dapat dikatakan bahwa yang menjadi pokok persoalan dalam ajaran penyertaan (*deelneming*) adalah untuk menentukan bentuk hubungan antara peserta-peserta tersebut yang kemudian menentukan pula pertanggungjawaban pidana dari masing-masing peserta, karena telah melakukan suatu tindak pidana (delik).

Banyak pendapat/pandangan tentang pengertian "*deelneming*" (penyertaan), beberapa di antaranya adalah sebagai berikut:

Menurut Moeljatno, penyertaan terjadi apabila bukan saja satu orang yang tersangkut dalam terjadinya perbuatan pidana, akan tetapi beberapa orang. Meskipun demikian tidak setiap orang yang tersangkut dalam makna Pasal 55 dan Pasal 56 KUHP. Untuk itu dia harus memenuhi syarat-syarat seperti tersebut disitu, yaitu sebagai orang yang melakukan atau turut serta melakukan perbuatan pidana atau membantu melakukan perbuatan pidana. Di luar 5 jenis peserta ini menurut sistem KUHP kita tidak ada peserta lain yang dapat dipidana.¹⁷⁸ Schaffmeister, Keijzer, Sutorius mengatakan bahwa "orang dapat berbicara tentang penyertaan":¹⁷⁹

1. Apabila selain pembuat suatu perbuatan pidana lengkap ada lagi yang ikut bermain. Yang terakhir ini terlibat dalam terjadinya perbuatan pidana sedemikian intensifnya serta telah menduduki tempat yang sedemikian penting dalam rangkaian sebab akibat yang menuju delik itu sehingga ia harus dipidana sebagai pembuat atau pembantu, meskipun dia sendiri hanya melaksanakan sebagian saja dari perumusan delik.
2. Apabila beberapa orang dalam kaitan tertentu yang satu dengan yang lain telah sampai pada pelaksanaan satu perumusan delik yang lengkap, sedangkan masing-masing dari mereka itu kurang atau lebih hanya melaksanakan sebagian saja dari padanya. Dalam hal yang terakhir itu kita memang hanya berurusan dengan mereka yang terlibat itu secara sendiri-sendiri dan dengan pelaksanaan sebagian saja dari isi delik yang bersangkutan.

Kanter dan Sianturi menjelaskan: "Istilah penyertaan adalah ada dua orang atau lebih yang melakukan suatu tindak pidana atau dengan lain perkataan ada dua orang atau lebih mengambil bagian untuk mewujudkan suatu tindak pidana. Menjadi persoalan, berapa besar bagian seseorang untuk melakukan tindak pidana itu, atau sejak kapan dan sejauh mana pengertian yang terkandung dalam istilah mengambil bagian itu".¹⁸⁰

Keturutsertaan seseorang dalam mewujudkan suatu tindak pidana, dapat dilakukan dalam waktu yang bervariasi, yaitu jauh sebelum tindak pidana itu dilakukan (misalnya: merencanakan); menjelang dilakukannya suatu tindak pidana

¹⁷⁸ Moeljatno, *Op. Cit.*, hlm. 5.

¹⁷⁹ Schaffmeister, Keijzer, Sutorius, *Op. Cit.*, hlm. 247-248.

¹⁸⁰ Kanter dan Sianturi, *Op. Cit.*, 336-337.

(misalnya: menggerakkan untuk melakukan, atau memberi keterangan dan sebagainya); pada saat terjadinya tindak pidana (seperti: turut serta, bersama-sama melakukan dan sebagainya); atau setelah terjadinya tindak pidana (seperti: menyembunyikan pelaku tindak pidana atau hasil dari kejahatan).

C. Bentuk Penyertaan dan Pertanggungjawaban Pidana dalam Penyertaan

Dalam hubungannya dengan kualitas peserta di dalam penyertaan, ada beberapa variasi:

1. Peserta tidak mengetahui bahwa tindakannya merupakan tindak pidana, atau ia terpaksa melakukannya (*manus ministra*).
2. Peserta dengan penuh kesadaran langsung turut serta untuk melakukan tindak pidana (*medeplegen*).
3. Peserta turut melakukan suatu tindak pidana, karena adanya suatu keuntungan baginya atau dia dipermudah untuk melakukannya (*uitgelokte, auctor materialis*).
4. Peserta hanya sekedar memberikan bantuan saja (*medeplichtigheid*).
5. Ia hanya dipandang sebagai peserta dalam suatu pelanggaran, karena ia adalah sebagai pengurus misalnya.

Dengan demikian, yang menjadi pokok persoalan di dalam ajaran “*deelneming*” ini adalah menentukan pertanggungjawaban dari pada setiap peserta terhadap delik yang dilakukannya. Hal ini disebabkan oleh karena apabila dalam suatu delik tersangkut beberapa orang, maka pertanggungjawaban dari pada setiap orang yang merupakan peserta di dalam delik, dapat berbeda-beda satu sama lain. Hubungan antara tiap-tiap peserta terhadap delik adakalanya berlainan, misal:

1. Ada beberapa orang yang secara bersama-sama melakukan suatu perbuatan pidana, dalam hal ini hubungan antara peserta terhadap delik, mungkin dianggap sama.
2. Akan tetapi adakalanya seseorang mempunyai kehendak melakukan sesuatu perbuatan pidana, akan tetapi ia tidak mau untuk melakukannya sendiri, akan tetapi menyuruh orang lain untuk melakukannya.
3. Atau kadang-kadang ada pula seorang peserta yang dengan mempergunakan salah satu daya upaya, menganjurkan (menggerakkan) orang lain untuk melakukan sesuatu perbuatan pidana.
4. Atau mungkin terdapat seseorang yang melakukan suatu perbuatan pidana, padahal ada orang lainnya yang membantu melaksanakan delik tersebut.

Dalam lapangan Ilmu Pengetahuan Hukum Pidana (doktrin), bentuk “*deelneming*” ini diperinci dalam 2 bentuk:¹⁸¹

1. Bentuk penyertaan yang berdiri sendiri (*zelfstandige vormen van deelneming*). Dalam hal ini pertanggung jawaban dari tiap-tiap peserta dinilai sendiri-sendiri. Perbuatan dari setiap peserta itu, walaupun mungkin benar ada hubungannya dengan perbuatan-perbuatan dari peserta-peserta yang lain, dinilai secara sendiri-sendiri menurut sifatnya secara ilmu hukum, dan masing-masing mempunyai kualifikasinya sendiri-sendiri. Dengan demikian maka pada suatu kesengajaan untuk merampas nyawa orang lain yang dilakukan secara bersama-sama oleh beberapa orang, sebagian dapat dipersalahkan karena telah melakukan suatu *moord* atau pembunuhan dengan direncanakan terlebih dahulu, dan sebagian lagi dapat dipersalahkan suatu *doodslag* atau pembunuhan biasa.
2. Bentuk penyertaan yang tidak berdiri sendiri (*onzelfstandige vormen van deelneming*). Pada bentuk ini, sifat dapat dihukumnya orang yang turut serta melakukan sesuatu kejahatan itu didasarkan pada sumbangannya yang telah diberikannya kepada perbuatan yang dapat dihukum dari si pelaku, dan ditinjau dari segi ilmu hukum perbuatannya itu dinilai menurut nilai dari perbuatan pelakunya. Dengan demikian maka pertanggung jawaban dari seseorang *onzelfstandige deelnemer* itu, tidaklah dapat melebihi pertanggung jawaban atas perbuatannya yang dapat dihukum dari si pelaku. *Uitlokking* dan *medeplichtigheid* itu biasanya dianggap sebagai bentuk *onzelfstandige deelneming*. Bentuk ini juga disebut “*accessoire vormen van deelneming*”. Dalam bentuk ini pertanggung jawaban dari seorang peserta digantungkan kepada perbuatan peserta lainnya. Artinya peserta yang pertama baru bertanggung jawab apabila kawan pesertanya melakukan suatu perbuatan pidana.

Sekarang bagaimanakah sikap/ketentuan KUHP kita dalam bentuk “*deelneming*” ini? Dalam hubungan ini KUHP kita hanya mengadakan perincian dalam 2 (dua) golongan, yaitu:

1. *Daders* (Pelaku) sebagaimana dirumuskan dalam Pasal 55 KUHP., yaitu *plegen, doen plegen, medeplegen* dan *uitlokking*.
2. *Medeplichtigheid* (Orang yang membantu melakukan) sebagaimana dirumuskan dalam Pasal 56 KUHP.

Dengan demikian ada 4 (empat) bentuk atau jenis penyertaan (*deelneming*), yaitu:

1. Mereka yang melakukan sendiri suatu perbuatan pidana (*plegen*);

¹⁸¹ Simons, *Leerboek van het Nederlanches Strafrecht*/Kitab Pelajaran Hukum Pidana, terjemahan Lamintang, *Op. Cit.*, hlm. 315-316.

2. Mereka yang menyuruh orang lain untuk melakukan suatu perbuatan pidana (*doen plegen*);
3. Mereka yang bersama-sama melakukan perbuatan pidana (*mede plegen*);
4. Mereka yang dengan sengaja menganjurkan orang lain untuk melakukan perbuatan pidana (*uitlokken*).

C.1. Mereka yang Melakukan Sendiri Suatu Perbuatan Pidana (*Plegen*).

Pasal 55 ayat 1 sub 1 anak kalimat 1 menyatakan: *dipidana sebagai pelaku/pembuat (dader) sesuatu perbuatan pidana, mereka yang melakukan...*

Perumusan yang demikian itu kurang begitu jelas, sehingga menimbulkan perbedaan penafsiran antara para sarjana. Jadi, menurut rumusan pasal ini, Pelaku dapat dibagi lagi menjadi: *alleen daders* (Pelaku yang melakukan sendiri perbuatannya), *middelijke daders* (Pelaku-pelaku langsung), *mede daders* (Orang-orang yang turut serta melakukan perbuatan itu) dan *uitlokkers* (orang-orang yang menggerakkan orang lain untuk melakukan sesuatu perbuatan yang dapat dihukum).

Menurut Simons, pelaku dari suatu perbuatan yang dapat dihukum itu adalah orang yang melakukan perbuatan tersebut, yaitu ia yang dengan suatu *opzet* atau suatu *schuld* seperti yang disyaratkan oleh undang-undang telah menimbulkan akibat yang tidak dikehendaki oleh undang-undang, yang telah melakukan perbuatan yang dilarang atau telah mengalpakan sesuatu seperti yang diharuskan oleh undang-undang, atau yang singkatnya ia yang memenuhi segala unsur-unsur, baik unsur objektif maupun unsur subjektif sebagaimana yang ditentukan bagi sesuatu perbuatan yang dapat dihukum, dengan tidak memperdulikan apakah putusan untuk melakukan perbuatan yang dapat dihukum tersebut timbul dari dirinya sendiri ataupun karena ia telah digerakkan untuk melakukan perbuatan itu oleh orang ketiga. Selanjutnya dikatakan, barangsiapa melakukan sesuatu perbuatan yang dapat dihukum tanpa adanya bantuan dari orang lain di dalam pelaksanaannya, maka dapatlah ia dipandang sebagai "*alleen dader*" atau sebagai satu-satunya pelaku.¹⁸² Dengan demikian, Simons berpendapat bahwa yang dimaksud dengan "mereka yang melakukan sendiri suatu perbuatan pidana" ialah apabila seseorang melakukan sendiri suatu perbuatan pidana artinya tidak ada temannya atau tanpa bantuan orang lain (*alleen daderschap*).

C.2. Mereka yang Menyuruh Orang Lain untuk Melakukan Suatu Perbuatan Pidana (*Doen Plegen*)

Bentuk *Deelneming* ini disebut juga "*Middelijk Daderschap*", maksudnya adalah seseorang mempunyai kehendak atau melaksanakan suatu perbuatan

¹⁸² Simons, *Op. Cit.*, hlm. 316-317.

pidana, akan tetapi orang yang mempunyai kehendak itu tidak mau melakukannya sendiri, akan tetapi mempergunakan orang lain yang disuruh melakukannya.

Dengan kata lain:

Seseorang yang mempunyai niat untuk melakukan sesuatu perbuatan pidana, tidak melakukannya sendiri tetapi menyuruh orang lain untuk melaksanakannya.

Syarat terpenting untuk dapat mempertanggungjawabkan orang yang menyuruh lakukan, adalah bahwa orang yang disuruh itu harus orang yang tidak dapat dipertanggungjawabkan terhadap perbuatan pidana yang dilakukannya.

Catatan:

- Orang yang menyuruh disebut : *Middelijke dader* atau *Manus Domina*
- Orang yang disuruh disebut : *Onmiddelijke dader/Materiele dader/ Manus Ministra*

Selanjutnya, siapakah orang yang tidak dapat dipertanggungjawabkan menurut KUHP kita? Menurut KUHP, orang yang tidak dapat dipertanggungjawabkan adalah:¹⁸³

1. Orang yang melakukan perbuatan itu karena jiwanya cacat dalam tumbuhnya atau terganggu karena penyakit (Pasal 44 KUHP).

Contohnya:

A bermaksud untuk mencuri, tetapi dia tidak mau melakukannya sendiri dan menyuruh B seorang gila. Dalam hal ini kalau B betul-betul telah melakukan pencurian, maka B karena seorang gila tidak dapat dipertanggungjawabkan/dipidana. Yang dipidana sebagai pencuri di sini adalah orang yang menyuruh yaitu A.

2. Orang yang melakukan karena keadaan daya memaksa (*overmacht*) lihat Pasal 48 KUHP.

Contohnya:

A berniat membakar rumah C, tetapi dia tidak mau melakukannya sendiri, kemudian untuk melaksanakan niatnya itu dia (A) lalu dengan menodongkan pistolnya pada B menyuruh B untuk membakar rumah C. Jika B karena terpaksa benar-benar membakar rumah C, B tidak bisa dipertanggungjawabkan/dipidana. Yang bertanggungjawab adalah orang yang menyuruh membakar (A) meskipun dia tidak melakukannya sendiri.

3. Orang yang melakukan perbuatan atas perintah jabatan yang tidak syah, tetapi dia dengan itikad baik melakukannya dengan mengira bahwa perintah

¹⁸³ I Made Widnyana, *Op. Cit.*, hlm. 220-224.

diberikan dengan wewenang dan pelaksanaannya termasuk dalam lingkungan pekerjaannya (Pasal 51 ayat 2 KUHP).

Contohnya:

Seorang perwira polisi hendak membalas dendam seseorang dengan cara memasukkan ke dalam tahanan, tetapi tidak mau melakukan sendiri, kemudian disuruhnya B seorang agen polisi di bawah perintahnya supaya menangkap dan menahan orang tersebut.

Jika si Agen Polisi itu benar-benar menjalankan perintah tersebut ia tidak dapat dipertanggungjawabkan/dipidana atas dasar merampas kemerdekaan orang tersebut, karena ia melakukan perbuatan tersebut dengan itikad baik mengira perintah itu syah, lagi pula perintah itu ada dalam lingkungan pekerjaannya.

4. Orang yang melakukan perbuatan itu ternyata bersalah paham/berkeliruan (*error*) mengenai salah satu unsur dari pada delik.

Contohnya:

A mengetahui bahwa satu set pulpen Parker yang terletak di atas meja itu adalah milik C. Dia ingin sekali memilikinya/mencurinya, tetapi tidak mau melakukannya sendiri, kemudian disuruhnya B untuk mengambilnya.

B *de onmiddelijk dader* (*de Materiele Dader/Manus Ministra*) tidak mengetahui sama sekali dan menduga pulpen tersebut miliknya A.

Dalam hal ini meskipun B yang mengambilnya tetapi karena dia bersalah paham mengenai salah satu unsur delik, maka B tidak dapat dipertanggungjawabkan/dipidana. Yang dipidana sebagai pencurinya adalah A.

5. Orang yang disuruh itu tidak memiliki unsur *oogmerk* (maksud) sebagaimana menjadi syarat dari pada delik.

Contohnya:

A-B-C di *airport*. A sejak semula mempunyai niat untuk mencuri koper dari penumpang, kemudian dia menyuruh B seorang *porter* pelabuhan untuk mengambil sebuah koper yang kebetulan sedang ditinggalkan oleh pemiliknya ke WC. Meskipun B yang mengambil barang itu maka di sini B tidak dapat dipertanggungjawabkan/dipidana dan lagi pula waktu B mengangkat koper itu dia tidak mempunyai maksud sedikitpun untuk memilikinya.

6. Apabila orang yang disuruh itu tidak memiliki salah satu sifat/kualitas yang menjadi syarat dari pada delik, sedangkan unsur itu dimiliki oleh orang yang menyuruh (*de Middelijke dader*).

Misalnya dalam: Kejahatan jabatan (*Ambtsmisdrijven*) yang diatur dalam Bab XXVIII Pasal 413 s/d 437 KUHP. Dalam hubungan ini setiap kejahatan selalu memiliki unsur "*pegawai negeri*" (pejabat negara).

Pasal 419 KUHP

Diancam dengan pidana penjara paling lama 5 tahun, seorang pejabat:

- Ke 1 : Yang menerima hadiah atau janji, padahal diketahui, bahwa itu diberikan untuk menggerakkan dia supaya melakukan atau tidak melakukan sesuatu dalam jabatannya, yang bertentangan dengan kewajibannya.
- Ke 2 : Yang menerima hadiah padahal diketahui bahwa itu diberikan sebagai akibat atau oleh karena dia telah melakukan atau tidak melakukan sesuatu dalam jabatannya, yang bertentangan dengan kewajibannya.

Contoh:

A seorang Pegawai Negeri menyuruh B seorang pembantunya (bukan Pegawai Negeri) untuk meminta uang suap kepada C. Hal ini bertentangan dengan kewajiban A sebagai seorang pegawai negeri.

Menurut Pasal 419 KUHP ini, perbuatan pidana menerima uang suap haruslah dilakukan oleh seorang pegawai negeri, sehingga dengan demikian B seorang pembantu yang bukan pegawai negeri, tidak memenuhi unsur-unsurnya oleh karena mana terhadap B tidak dapat dipertanggungjawabkan.

Dari uraian di atas jelaslah bahwa *doen plegen* itu baru ada apabila orang yang disuruh itu tidak dapat dipertanggungjawabkan perbuatannya menurut KUHP.

Menurut Simons, "*doen plegen*" atau "menyuruh melakukan" itu dapat terjadi di dalam hal-hal sebagai berikut:¹⁸⁴

1. Bilamana pelaku dari *materieele handling* atau perbuatan yang nyata yang dinyatakan sebagai perbuatan yang dapat dihukum itu tidak dapat dipertanggungjawabkan atas perbuatannya berdasarkan salah satu sebab sebagaimana yang disebutkan di dalam Pasal 37 WvS (Belanda).
2. Bilamana seseorang itu telah melakukan sesuatu perbuatan disebabkan karena sesuatu *overmacht* atau karena melaksanakan suatu perintah yang telah diberikan oleh kekuasaan yang tidak berwenang yaitu apabila syarat-syarat yang ditentukan di dalam Pasal 43 ayat (2) WvS (Belanda) itu telah dipenuhinya.
3. Bilamana orang yang melakukan perbuatan itu mempunyai kesalahpahaman mengenai salah satu unsur dari perbuatan yang dapat dihukum, tidak mempunyai *opzet* seperti yang disyaratkan oleh undang-undang bagi perbuatan tersebut, ataupun pada dirinya tidak terdapat *schuld* seperti yang disyaratkan pada umumnya bagi perbuatan yang dapat dihukum itu.
4. Bilamana kejahatan itu mensyaratkan suatu *oogmerk* atau suatu tujuan tertentu, dan *oogmerk* ini tidak terdapat pada orang yang telah melakukan kejahatan tersebut.

¹⁸⁴ Simon, *Op. Cit.*, hlm. 319-320.

5. Bilamana pada orang yang telah melakukan perbuatan itu tidak terdapat sifat atau *hoedanigheid* seperti yang disyaratkan untuk dapat melakukan perbuatan yang dapat dihukum yang bersangkutan.

Menurut MvT (*Memorie van Toelichting*) ada beberapa unsur/syarat “menyuruh melakukan”, yaitu:¹⁸⁵

- 1. Ada seorang manusia yang dipakai sebagai alat.**

Adanya manusia yang oleh pembuat delik dipakai sebagai alat, adalah salah satu unsur pokok dan khusus dari “menyuruh melakukan” itu.

Contohnya:

A mengambil kemeja B yang sedang dijemur di halaman rumahnya, dengan menggunakan sebuah galah yang khusus dibuat untuk itu. Dalam hal ini A adalah melakukan perbuatan pidana (*pleger*) yang terancam di dalam Pasal 362 KUHP. Tetapi apabila A menyuruh orang lain yaitu C untuk mengambil kemeja itu sedangkan C tidak tahu bahwa kemeja itu milik A, maka perbuatan ini adalah “menyuruh melakukan” pencurian. Dalam hal ini A dihukum/dipidana berdasarkan Pasal 362 jo Pasal 55 ayat (1) sub 1 KUHP. Dalam contoh pertama di atas, A langsung melakukan perbuatan pidana (pencurian), sedangkan dalam contoh kedua A melakukan perbuatan itu dengan perantaraan orang lain, jadi secara tidak langsung.

- 2. Orang yang dipakai sebagai alat ini berbuat.**

Ini berarti bahwa orang yang disuruh melakukan suatu perbuatan pidana harus benar-benar telah melakukan perbuatan yang disuruh lakukan.

- 3. Orang yang dipakai sebagai alat itu atau disuruh melakukan haruslah orang yang tidak dapat dipertanggungjawabkan/tidak dapat dipidana.**

Pendapat bahwa orang yang disuruh melakukan itu tidak dapat dipidana adalah suatu pendapat yang sejak tahun 1898 sudah diterima umum, baik oleh ilmu hukum pidana maupun oleh yurisprudensi hukum pidana.

Selanjutnya menurut Utrecht, tidak dapat dihukumnya orang yang disuruh melakukan itu adalah akibat (konsekuensi) dari hal ia tidak bertanggung jawab menurut hukum pidana atas perbuatan yang dilakukannya menurut kata-kata MvT: ia berbuat “*zonder opzet, schuld of toerekenbaarheid*”. Ada dua sebab orang yang disuruh melakukan itu tidak bertanggung jawab menurut hukum pidana atas perbuatan yang dilakukannya. Dua sebab orang yang disuruh melakukan adalah tidak dapat dihukum yaitu:¹⁸⁶

1. Orang itu sama sekali tidak melakukan satu peristiwa pidana atau perbuatan yang dilakukannya tidak dapat dikualifikasi sebagai peristiwa pidana.

¹⁸⁵ Utrecht. *Ringkasan Sari Kuliah Hukum Pidana II* (Surabaya: Pustaka Tinta Mas, tt), hlm. 18-20.

¹⁸⁶ *Ibid.*, hlm. 20-26.

2. Orang itu memang melakukan satu peristiwa pidana tetapi ia tidak dapat dihukum karena ada satu atau beberapa alasan-alasan yang menghilangkan kesalahan (*schulduitsluitingsgronden*).

Contoh-contoh:

- a. Seorang juru rawat yang atas perintah seorang dokter memberi kepada seorang sakit obat minum yang mengandung racun, dokter tersebut bermaksud mengakhiri hidup orang sakit itu karena musuhnya sedang juru rawat yang disuruhnya sama sekali tidak tahu bahwa obat minum itu mengandung racun.

(Pendapat ini diikuti oleh HR dalam keputusannya tertanggal 7 April 1913, W Nr 9491). Dalam hal ini, unsur “sengaja” tidak ada.

A menyuruh B menukar selebar puluhan ribu rupiah yang palsu sedangkan B tidak tahu bahwa lembar puluhan ribu rupiah itu adalah palsu. Dalam hal ini unsur “dengan maksud akan mengedarkannya serupa dengan asli dan yang tidak dipalsukan” (Pasal 245 KUHP) tidak dipenuhi.

Di dalam contoh ini, orang yang disuruh melakukan tidak dapat dipertanggungjawabkan menurut hukum pidana, karena di dalam perbuatan yang dilakukannya tidak ada salah satu atau beberapa unsur psikis subjektif yang terlebih dahulu ditentukan di dalam ketentuan/undang-undang pidana yang bersangkutan sebagai unsur-unsur perbuatan pidana yang bersangkutan, seperti tidak ada “sengaja” atau tidak ada “melawan hukum”.

- b. Keputusan HR tertanggal 19 Desember 1910, W Nr 9122

Di dalam keputusan itu HR berpendapat bahwa walaupun yang disuruh melakukan itu tahu perbuatan yang dilakukannya itu terlarang, yaitu suatu perbuatan yang tidak boleh dilakukan oleh yang menyuruh lakukan sendiri, yang disuruh lakukan itu juga tidak dapat dipertanggungjawabkan menurut hukum pidana, karena ia tidak mempunyai kualitas tertentu pada dirinya (*persoonlijke vereiste*) yang harus dipenuhinya menurut ketentuan pidana yang bersangkutan. Di dalam hal ini, yang disuruh lakukan itu adalah “alat yang mengetahui”. Tetapi meskipun ia mengetahui, menurut pendapat HR ia masih juga tidak dapat dihukum. Alasan-alasan yang menghilangkan kesalahan itu ada dalam hal-hal:

- 1) Perbuatan yang dilakukan oleh yang disuruh melakukan tidak dapat dipertanggungjawabkan karena hal-hal sebagaimana tersebut dalam Pasal 44 KUHP.
- 2) Yang disuruh lakukan itu melakukan perbuatan karena “*overmacht*” (daya paksa) sebagaimana tersebut dalam Pasal 48 KUHP.
- 3) Yang disuruh melakukan menjalankan “perintah jabatan yang diberikan oleh kuasa yang tidak berhak” sedangkan ia “atas kepercayaannya memandang bahwa perintah itu seakan-akan diberikan oleh kuasa yang

berhak dengan sah dan menjalankan perintah itu menjadi kewajibannya” (Pasal 51 ayat 2 KUHP).

- 4) Yang disuruh melakukan tidak bersalah sama sekali, dalam arti keputusan HR tertanggal 14 Februari 1916, NJ 1918, hal. 681, W Nr 9958 (“tiada hukuman dengan tiada kesalahan/tidak dipidana tanpa kesalahan”).
- 5) Yang disuruh melakukan belum dewasa. Di sini masih dipersoalkan, apakah “*minderjarigheid*” itu merupakan alasan untuk menghapuskan hukuman.

C.3. Mereka yang Bersama-Sama Melakukan Suatu Perbuatan Pidana (*Mede Plegen*)

Medeplegen itu merupakan suatu bentuk dari *daderschap*, yaitu barangsiapa turut serta melakukan sesuatu perbuatan yang dapat dihukum, maka mereka itu secara timbal balik merupakan seorang *mededader* dari peserta yang lain. Sebagai seorang *dader* atau pelaku, maka seorang *mededader* atau orang yang turut serta melakukan suatu perbuatan yang dapat dihukum itu haruslah memiliki segala sifat-sifat ataupun segala *eigenschaappen*, yang disyaratkan oleh undang-undang bagi suatu *daderschap*. Sehingga barang siapa tidak dapat merupakan seorang “*alleen dader*” dari sesuatu perbuatan yang dapat dihukum, maka ia tidak dapat pula dipandang sebagai seorang *mededader*. Sifat-sifat pribadi yang menyebabkan seseorang itu dapat dihukum, hanya terdapat pada mereka yang dipandang sebagai *mededaders*, yaitu pada sifat-sifat pribadi tersebut terdapat.¹⁸⁷ Jadi, Simons berpendapat bahwa yang turut melakukan itu adalah pembuat (*dader*). Oleh karena itu, maka yang turut melakukan harus mempunyai semua kualitas-kualitas yang dipunyai oleh seorang pembuat peristiwa pidana/perbuatan pidana yang bersangkutan. Yang tidak memiliki salah satu dari kualitas-kualitas itu, tidak dapat dikualifikasikan sebagai yang turut melakukan.

Pandangan dari Simons tersebut disangkal oleh Noyon, yang memandang *mede plegen* atau turut serta melakukan itu sebagai suatu bentuk *medewerking* atau suatu bentuk kerja sama untuk melakukan suatu perbuatan yang dapat dihukum dengan seorang pelaku, dan dengan cara memperbedakan sifat dari perbuatan itu dengan *medeplichtigheid*, orang akan menjumpai suatu bentuk *dellneming* atau keturtsertaan yang berdiri sendiri, yang terdapat di antara *daderschap* yang sebenarnya dengan *medeplichtigheid*. Menurut pendapatnya yang didasarkan pada pandangannya itu, maka seorang yang bukan merupakan pegawai negeri itu dapat juga turut serta melakukan suatu kejahatan jabatan yang sebenarnya hanya dapat dilakukan oleh seorang pegawai negeri.¹⁸⁸

¹⁸⁷ Simons, *Op. Cit.*, hlm. 322.

¹⁸⁸ *Ibid.*

Mengenai turut serta melakukan suatu perbuatan pidana, tidak kita jumpai penegasannya/penjelasannya dalam KUHP. Oleh karena itu kita harus mencarinya di dalam doktrin. Menurut “**doktrin**” syarat untuk “*medepleger*” ada 2 yaitu:¹⁸⁹

1. Harus bekerja bersama-sama secara fisik/jasmaniah.

Artinya para peserta itu harus melakukan suatu perbuatan yang dilakukan dan diancam dengan pidana oleh undang-undang dengan mempergunakan kekuatan tenaga badan sendiri.

Misalnya:

A dan B bersama-sama melakukan pencurian.

A yang mengambil radionya dan B mengambil *tape*-nya. Di sini, di samping harus sama-sama melakukan perbuatan yang dilarang secara fisik, para peserta satu sama lain diharuskan ada kerja sama.

2. Harus ada kesadaran bahwa mereka satu sama lain bekerja sama untuk melakukan suatu delik.

Artinya antara beberapa peserta yang bersama-sama melakukan suatu perbuatan yang dilarang itu harus ada kesadaran bahwa mereka bekerja sama.

Kapan kesadaran itu timbul?

Pada umumnya kesadaran timbul, apabila beberapa peserta itu, sebelum mereka melakukan suatu delik, terlebih dahulu melakukan perundingan/sepakat untuk melakukan suatu delik. Tetapi ini bukan syarat mutlak, artinya para peserta itu sebelumnya tidak harus melakukan musyawarah/mufakat terlebih dahulu, tetapi cukup kesadaran ada pada saat mereka melakukan suatu delik, bahwa mereka melakukan perbuatan yang terlarang.

Contoh:

A dan B tidak kenal mengenal dan asalnya pun berbeda pula. A berniat mencuri di rumah C dan atas usahanya sendiri pada tengah malam ia pergi ke rumahnya C. tetapi sesampainya di rumahnya C secara kebetulan bertemu dengan si B yang juga mempunyai maksud yang sama.

Dalam hal ini walaupun di antara A dan B tidak ada mufakat lebih dahulu, akan tetapi sadar bahwa mereka bertujuan sama yaitu mencuri. Di sinilah ada *medeleger*.

Di samping doktrin sebagaimana tersebut di atas MvT hanya menyatakan bahwa yang turut melakukan adalah tiap orang yang sengaja “*meedoet*” (turut berbuat) dalam melakukan suatu peristiwa pidana/perbuatan pidana. MvT tidak menjelaskan lebih lanjut, sampai di manakah pengertian kata “*meedoet*” (turut berbuat) itu? Oleh karena itu harus ditafsirkan dengan jalan mengemukakan pendapat para sarjana.

¹⁸⁹ I Made Widnyana, *Op. Cit.*, hlm. 230-235.

Noyon mempunyai pendapat yang berbeda sekali dengan pendapat van Hamel dan Simons yang menyamakan “*mededaderschap*” (perbuatan peserta sebagai pembuat) dan “turut melakukan”, maka Noyon justru mengadakan perbedaan yang prinsipil antara “*mededaderschap*” dan “turut melakukan itu”.

Menurut Noyon, “*mededaderschap*” adalah “*daderschap*”; jadi sebenarnya tidak memerlukan pelajaran “*turut serta*” itu. Sebaliknya “*turut melakukan*” itu merupakan satu bentuk tersendiri dan khusus, yaitu yang turut melakukan justru tidak mempunyai salah satu di antara kualitas pada dirinya yang dapat dijadikan seorang pembuat (dari perbuatan pidana yang bersangkutan). Yang menjadi alasan terpenting Noyon itu adalah Pasal 284 KUHP ayat (1) ke-2 :

1. Seorang pria yang turut serta melakukan perbuatan.....
2. Seorang wanita tidak kawin yang turut serta melakukan perbuatan itu.....

Mengenai laki-laki/pria dan wanita yang belum kawin (tidak bersuami), undang-undang pidana dengan tegas menyatakan bahwa mereka “turut melakukan/turut serta” berbuat zina. Justru karena mereka tidak beristri dan tidak bersuami, maka mereka tidak dapat menjadi atau dikualifikasi sebagai pembuat peristiwa pidana/perbuatan pidana berbuat zina itu. Mereka tidak mempunyai kualitas orang yang telah kawin, tindak pidana/perbuatan pidana berbuat zina itu. Oleh sebab itu mereka tidak dapat dikualifikasi sebagai pembuat; mereka hanya turut melakukan saja. Konsekuensi dari pendapat Noyon ini adalah peserta, termasuk yang turut melakukan, bukan pembuat dan dihukum/dipidana sebagai pembuat (*als daders*). Juga para peserta dihukum sebagai pembuat oleh Utrecht tidak dapat diterima.¹⁹⁰

HR menempatkan dirinya di antara pendapat Simons dan pendapat Noyon. Di dalam keputusannya tertanggal 21 Juni 1926, W Nr 11541, NJ 1926, hal. 956, HR berpendapat bahwa tidak perlu yang turut melakukan itu mempunyai semua kualitas-kualitas pada dirinya yang harus dipunyai oleh seorang pembuat delik yang bersangkutan.

Kemudian di dalam keputusannya tertanggal 29 Oktober 1934, HR dengan jelas menunjukkan ukuran (kriteria) untuk menentukan apakah bentuk turut serta (penyertaan) yang bersangkutan adalah “turut melakukan” atau salah satu bentuk penyertaan lainnya seperti menyuruh lakukan atau membujuk/menganjurkan/menggerakkan.

Unsur-unsur “turut melakukan” menurut HR adalah:¹⁹¹

1. Antara para peserta ada satu kerja sama yang diinsafi (*bewuste samenwerking*).
2. Para peserta bersama telah melaksanakan (*gezamenlijke uitvoering*)

¹⁹⁰ Utrecht, *Op. Cit.*, hlm. 35.

¹⁹¹ *Ibid.*, hlm. 37.

D. Penganjuran/Penggerakan (*Uitlokking*)

Dalam Pasal 55 ayat 1 ke-2 KUHP, ditentukan secara limitatif daya upaya untuk terjadinya penganjuran, sebab apabila dipergunakan daya upaya yang lain, tidak merupakan *uitlokking*, misalnya mengejek dan lain-lain tidak termasuk *uitlokking*.

Bentuk penyertaan dengan penggerakan (*uitlokking*) mirip dengan bentuk penyertaan menyuruh melakukan. Perbedaannya ialah, bahwa pada bentuk penyertaan menyuruh melakukan terdapat syarat-syarat:

1. Peserta yang disuruh (*manus ministra*) adalah peserta yang tidak dapat dipidana;
2. Bahwa daya-upaya pada penyuruh (*manus domina*), tidak dirumuskan secara limitatif.

Sedangkan syarat-syarat pada penyertaan penggerakan adalah:

1. Yang digerakkan (*materiele/fisike dader*) dapat dipidana karena melakukan suatu tindak pidana seperti halnya penggerak (*auctor intellectualis*) dapat dipidana karena menggerakkan;
2. Daya upaya yang digunakan penggerak dirumuskan secara limitatif

Dalam bentuk penyertaan penggerakan (*uitlokking*), inisiatif berada pada penggerak. Dengan perkataan lain suatu tindak pidana tidak akan terjadi (dalam bentuk ini) bila inisiatif tidak ada pada penggerak. Karenanya penggerak harus dianggap sebagai pelaku dan harus dipidana sepadan dengan pelaku yang secara fisik melakukan (*auctores physici*) tindak pidana yang digerakkan, Tidak menjadi persoalan apakah pelaku yang digerakkan itu sudah atau belum mempunyai kesediaan tertentu sebelumnya untuk melakukan tindak pidana. Pokoknya tindak pidana yang digerakkan sudah terwujud.

Kesengajaan penggerak ditujukan agar sesuatu tindakan dilakukan oleh pelaku yang digerakkan. Tujuan penggerakan itu adalah terwujudnya suatu tindak pidana tertentu. Ini berarti apabila yang dilakukan oleh pelaku yang digerakkan itu adalah tindak pidana lain, maka penggerak bukan merupakan pelaku sebagaimana dimaksudkan oleh pasal ini. Dengan perkataan lain harus ada hubungan kausal antara kesengajaan/tujuan penggerak dengan tindak pidana yang terjadi.

Namun demikian, seperti juga telah dikemukakan Vos¹⁹² tentang keberatan-keberatan mengenai pembatasan daya upaya ini, masih juga dikenal beberapa "daya upaya" yang seyogianya dapat dimasukkan dalam bentuk penyertaan ini, terutama mengingat keadaan kejiwaan kebanyakan masyarakat di Indonesia seperti misalnya hutang budi, setia-kawan, pengejek, memberitahukan sesuatu kejadian yang

¹⁹² H.B. Vos. *Leerboek Van Nederlands Strafrecht, Derde Herziene Druk*, dikutip oleh H.D. Tjeenk Willink & Zoon (Haarlem: N.V., 1950), hlm. 204.

benar-benar terjadi, saran yang seakan-akan baik dan lain sebagainya. Beberapa contoh adalah sebagai berikut:

1. A banyak mempunyai hutang budi kepada B. Suatu ketika B melihat C yang tingkah lakunya petentengan yang tak disukai B. B lalu mengatakan kepada A supaya memberi beberapa pukulan-penghajaran kepada C. A yang merasa berhutang budi kepada B merasa mempunyai kesempatan untuk balas-budi, lalu memukul C. Demikian pula jika W memukul Y atas permintaan Z, karena perasaan setia kawan.
2. Kasus pengejekkan: H mengatakan kepada E "Percuma kamu dilahirkan setegap dan sebesar itu jika tak dapat menghajar si J yang sok-sokan itu"
3. Kasus pemberitahuan sesuatu kejadian yang benar terjadi: K memberi tahukan kepada L bahwa R turut-serta membawa kabur mobil L untuk "*sight seeing*" kemarin. Sebaiknya R supaya dihajar dengan pukulan;
4. W mengatakan kepada V, jika Cina itu selalu diganggu misalnya tiap-tiap malam dilempari rumahnya atau jika sedang naik motor dilempari, niscaya dia akan angkat kaki dari desa kita ini, Dengan demikian pedagang-pedagang bangsa kita di sini tidak mempunyai saingan lagi. Lalu V melakukan sebagaimana disarankan oleh W.

Dalam contoh-contoh tersebut bentuk penyertaan penggerak tak dapat diterapkan. Perkataan lain penggerak tersebut tidak dapat dipidana sebagai pelaku dari tindak pidana yang dilakukan oleh yang digerakkan walaupun penggerak masih mungkin dipidana dengan ketentuan-ketentuan lain seperti misalnya tindak pidana kenakalan (Pasal 489 KUHP) atau Pasal 335 KUHP. Kiranya kurang memenuhi rasa keadilan jika seseorang yang menggunakan daya-upaya penyesatan dipidana sebagai pelaku, sedangkan mereka yang disebutkan dalam contoh tersebut di atas tidak, sementara peredaan dari tindakan mereka tidak jauh. Persamaan tindakan penggerak seperti contoh-contoh di atas dan penggerak dengan penyesatan ialah: sama-sama menghendaki agar yang digerakkan melakukan suatu tindak pidana dan kepada yang digerakkan tidak diberikan apa-apa sebagai sesuatu upah/keuntungan.

Daya upaya yang ditentukan secara limitatif sebagaimana diatur dalam Pasal 55 ayat (1) ke-2 KUHP itu adalah :

1. Pemberian dan perjanjian.
2. Penyalahgunaan kekuasaan.
3. Penyalahgunaan martabat.
4. Kekerasan.
5. Ancaman.
6. Penyesatan.
7. Pemberian kesempatan, sarana atau keterangan.

Adapun penjelasannya adalah sebagai berikut:¹⁹³

1. Pemberian dan perjanjian

Hal ini dirumuskan tanpa memberikan suatu pembatasan, sehingga pengertiannya dapat luas yaitu dapat berbentuk yang uang atau benda, bahkan di luar bentuk uang atau benda seperti misalnya jabatan, kedudukan atau lebih luas lagi yaitu suatu janji akan membantu (yang digerakkan) baik secara material maupun secara moril untuk penyelesaian sesuatu pekerjaan dan lain sebagainya (Arrest HR, 1940). Termasuk juga dalam hal ini perjanjian akan merawat/membiayai keluarga tergerak seandainya ia masuk penjara.¹⁹⁴

2. Penyalahgunaan kekuasaan

Hal ini juga harus diartikan secara luas. Bukan saja terbatas pada kekuasaan yang ada padanya karena jabatan, tetapi juga meliputi kekuasaan yang dimiliki oleh penggerak secara langsung terhadap si tergerak, seperti hubungan kekeluargaan (ayah terhadap anak), hubungan pekerjaan (majikan terhadap pembantunya), hubungan pendidikan (dosen terhadap mahasiswa), hubungan kepercayaan (dukun-dukun terhadap murid-muridnya) dan sebagainya. Pokoknya kekuasaan itu adalah merupakan pengejawantahan dari atau paksaan rohaniah yang didasarkan pada perbandingan kedudukan/status dari penggerak terhadap yang digerakkan. Artinya, tindakan yang digerakkan pada umumnya harus terletak dalam lingkungan pekerjaan si tergerak yang harus dilakukannya untuk penggerak tersebut.

Mengingat penyalahgunaan kekuasaan, terutama yang ada hubungannya dengan jabatan harus diperbedakan secara dengan perintah-jabatan sebagaimana termaksud pada Pasal 52 KUHP, mengingat perbedaan yang tajam dari pertanggungjawaban pidana Jika dalam perintah jabatan (atau dengan itikad baik dianggap sedemikian itu), perintah itu termasuk wewenang dari seorang penguasa, maka pada penyalahgunaan kekuasaan tidak dipersyaratkan bahwa perintah itu termasuk tindakan yang benar-benar diharuskan dalam rangka kekuasaan yang disalahgunakan itu. Contoh yang mudah mengenai penyalahgunaan kekuasaan, di mana perintah-perintah ada hubungannya dengan pekerjaan/jabatannya, tetapi tidak merupakan wewenang dari penguasa tersebut adalah jika seorang Kepala Kantor menyuruh pemegang kasnya untuk menggelapkan uang dari kas tersebut; seorang dosen mendidik mahasiswanya supaya pintar mencuri, seorang majikan menyuruh pembantunya membayarkan belanja-belanjanya waktu malam dengan uang palsu dan lain sebagainya.

¹⁹³ Kanter dan Sianturi, *Op. Cit.*, hlm. 353-357.

¹⁹⁴ Schreuder, *Op. Cit.*, hlm. 248

3. Penyalahgunaan martabat

Hal ini dapat dikatakan sebagai perluasan dari tersebut 2 di atas, yang karena suatu kekhususan di Indonesia ditambah dalam KUHP yang di dalam W.V.S. tidak ada. Misalnya seorang tua dalam suatu kampung disegani oleh segenap penduduk kampung itu (Ketua Adat), maka jika keseganan itu disalahgunakan oleh orang tua itu, ia dapat dipersalahkan sebagai penggerak (pembujuk).¹⁹⁵ Martabat ada pada seseorang karena keningratan yang terlalu diagung-agungkan dalam suatu masyarakat desa, atau karena sesuatu *keangkeran*, sehingga rakyat tidak merasa berdaya untuk menolak perintahnya, walaupun sesungguhnya rakyat tiada mempunyai *hubungan dibawahkan* karena martabat tersebut. Ketentuan ini perlu diadakan dan perlu ada sifat dan hakikat dari keningratan atau keangkeran tersebut, yang sampai sekarang masih dirasakan ada dalam masyarakat di Indonesia seperti misalnya martabat dari kepala-kepala bandit, kepala-kepala aliran (dukun) dan lain sebagainya.

4. Kekerasan

Perbuatan ini harus sedemikian rupa ringannya, sehingga tidak merupakan suatu alasan untuk meniadakan unsur kesalahan/kesengajaan dari si tergerak sebagaimana terdapat dalam Pasal 48 KUHP yang mengakibatkan tidak dipidanya si tergerak karena daya paksa. Batas yang tegas antara kekerasan sebagaimana dimaksudkan Pasal 48 KUHP dan kekerasan menurut Pasal 55 memang sulit untuk menentukannya yang juga oleh undang-undang tidak ditentukan. Kiranya perbatasan ini lebih banyak diserahkan kepada penafsiran sesuai kasusnya. Yaitu sebagai sedemikian ringannya sehingga menurut perhitungan yang layak bahwa si tergerak mampu mengelak atau menolak untuk melakukan tindak pidana yang digerakkan. Misalnya; seorang wanita mendorong-dorong pacarnya untuk memukul bekas tunangannya yang pernah menyakiti hatinya. Menurut perhitungan yang layak sang pacar itu sanggup mengelakkan paksaan wanita tersebut. Contoh lain ialah: A menampar pipi B seorang pengatur perjalanan kereta api dengan maksud supaya B tidak memindahkan jurusan rel kereta api, agar supaya kereta api yang segera akan datang salah jurusan dan bertabrakan dengan kereta-api lainnya. Jika B hanya ditampar pipinya satu kali misalnya, tetapi kaki dan tangannya masih kuat serta masih cukup waktunya tanpa terhalang untuk memindahkan jurusan rel kereta-api tersebut, maka dalam hal ini terdapat penyertaan-penggerakan; walaupun bagi B ada keadaan-keadaan yang meringankan yang dapat diperhitungkan.

¹⁹⁵ Wirjono, *Op. Cit.*, hlm. 193.

5. Ancaman

Hal ini tidak terbatas pada ancaman kekerasan seperti yang terdapat dalam ketentuan Nomor 4 di atas, tetapi meluas juga sampai pada ancaman penghinaan, ancaman pembukaan rahasia pribadi, ancaman akan memecat atau menyisihkan dari suatu pergaulan, ancaman akan mengurangi hak/ketentuan tertentu, dan lain sebagainya.

6. Penyesatan

Terhadap istilah ini ada juga menyebutnya dengan tipu daya, tetapi untuk tidak dikaburkan dengan kejahatan penipuan (Pasal 378 KUHP) dan juga tidak menggunakan dua kali kata-kata yang sama yaitu *daya upaya-tipu-daya*, maka sebaiknya digunakan istilah penyesatan. Adapun yang dimaksud dengan penyesatan ialah agar supaya seseorang tergerak hatinya untuk cenderung melakukan sesuatu tindakan sebagaimana yang dikehendaki (digerakkan) oleh penggerak.

Dalam hal penyesatan, unsur harus ada pada orang yang digerakkan. Jika tidak demikian, artinya pada orang yang digerakkan tidak ada unsur kesengajaan maka penyesatan ini dapat merupakan bentuk menyuruh melakukan yang berarti orang yang disuruh tidak dipertanggungjawabkan. Contoh-contoh yang umum dipergunakan oleh para penulis ialah: A menyatakan kepada B, bahwa C telah menjelekkan nama B, yang sesungguhnya tidak benar, karena mana B menjadi panas hati, lalu memukul C. Dalam hal ini B telah sadar memukul C dan untuk itu ia tidak terlepas dari pertanggung-jawaban pidana. Jelaslah bahwa akibat dari penyesatan adalah untuk menimbulkan ketegangan dalam hati orang lain yang dapat berupa iri-hati, pembangkitan dendam terpendam, kebencian, rasa marah, dan lain sebagainya, sehingga ia cenderung untuk melakukan sesuatu tindakan tetapi dalam batas-batas bahwa ia sesungguhnya menurut perhitungan yang layak masih dapat mengendalikan diri sendiri. Jika ia melakukan tindakan, maka unsur kesengajaan/kesadaran masih ada padanya.

Di atas telah diutarakan bahwa yang digerakkan adalah untuk melakukan suatu tindak pidana tertentu. Jadi jika misalnya A mengatakan kepada B, bahwa sesuatu barang (jam tangan) yang dipakai P adalah milik almarhum ayah B yang diambil oleh P ketika terjadi kecelakaan pada ayah B. Kemudian menganjurkan supaya dirampas saja dari P dan dibawa kabur. Ternyata B pada hari itu tidak melakukan seperti apa yang dikehendaki A tetapi malahan membunuh P keesokan harinya. Jelaslah bahwa dalam hal seperti ini tidak dapat dikatakan bahwa A telah menggerakkan B untuk melakukan pembunuhan, yang berarti A bukan penyerta penggerak. Dengan perkataan lain tidak ada hubungan kausal antara yang dikehendaki A dengan yang dilakukan B.

7. Pemberian kesempatan, sarana dan/atau keterangan

Ketentuan yang hampir senada dengan ketentuan ini kita temukan pula dalam Pasal 56 ke-2 yang berbunyi: “mereka yang sengaja memberikan kesempatan, Sarana atau keterangan untuk melakukan kejahatan”. Menjadi pertanyaan, apa perbedaan dari ketentuan Pasal 55 dan 56 tersebut. Jawabannya ialah:

Misalkan: A memberi kesempatan (sarana/keterangan) kepada B, kemudian B melakukan suatu tindak pidana, maka dengan Pasal 55 dan 56 KUHP tersebut perbedaannya terletak pada:

- a. Jika pada A, keinginan/kehendak untuk melakukan suatu tindak pidana tertentu pertama-kali sudah ada, sedangkan pada B ada setelah ia digerakkan dengan pemberian kesempatan (sarana atau keterangan) dan lalu B melakukan tindak pidana, maka kita berbicara mengenai bentuk penyertaan penggerak (Pasal 55 KUHP). Dalam hal ini A adalah penggerak dan B yang digerakkan. Tetapi jika pada B sejak semula sudah ada kehendak untuk melakukan suatu tindak pidana tertentu dan ia minta kesempatan dan sebagainya dari A, di mana A sengaja memberikannya dan diketahui bahwa kesempatan itu diperlukan oleh B untuk melakukan suatu pidana tertentu, maka kita berbicara mengenai bentuk penyertaan pembantuan (Pasal 56 KUHP). Dalam hal ini A adalah pembantu dan B adalah pelaku.

Ringkasnya ialah ditinjau dari sudut A apakah ia memberikan kesempatan itu, karena hendak *mengerakkan* B untuk melakukan kejahatan ataukah karena *diminta* oleh B.

Atau jika dilihat dari sudut B, apakah kesengajaan untuk melakukan sudah ada padanya sebelumnya, atau baru ada padanya keinginan melakukan tindak pidana setelah ia menerima kesempatan dan sebagainya itu. Dalam hal pertama, B adalah pelaku (pelaku) dan dalam hal tersebut belakangan B adalah si tergerak.

- b. Dalam kasus tersebut di atas, apakah B sebagai tergerak atau sebagai pelaku (pelaku), ancaman pidananya adalah sama, yaitu dipidana (sama) sebagai pelaku (*dader*). Tetapi bag. A tidak demikian, karena dalam hal bentuk penyertaan penggerakan ia dipidana sebagai pelaku, tetapi dalam hal bentuk penyertaan pembantuan ia dipidana sebagai pembantu-pelaku yang ancaman pidana maksimumnya dikurangi dengan sepertiganya.
- c. Dalam hal bentuk (penyertaan) penggerakan, berlaku bagi tindak pidana kejahatan atau tindak pidana pelanggaran, sedangkan dalam bentuk (penyertaan) pembantuan hanya berlaku bagi tindak pidana kejahatan.

Contoh pemberian kesempatan, sarana atau dapat digambarkan sebagai berikut: seorang pembantu menyatakan kepada tunangannya supaya tunangannya itu nanti malam melakukan pencurian di rumah majikannya karena seluruh penghuni rumah akan pergi keluar kota. Gadis itu bahwa ia akan membiarkan salah

satu jendela tidak terkunci walaupun tertutup (kesempatan), atau memberikan suatu kunci yang dapat digunakan untuk membuka salah satu pintu (sarana) atau menjelaskan mana bisa memasuki rumah itu tanpa menimbulkan kecurigaan orang lain, di mana letak uang dan barang-barang berharga dari majikannya disimpan (keterangan).

Dari uraian-uraian tersebut di atas jelas terlihat bahwa sukar sekali untuk menentukan suatu penyertaan merupakan penggerakan atau pembantuan. *Karena unsur yang paling menentukan* terletak pada hati sanubari pelaku yaitu unsur kesengajaan sehingga dibutuhkan kecerdikan dan keuletan dari para penyidik/penuntut untuk memecahkannya.

Pada akhirnya, dapat disimpulkan bahwa syarat-syarat untuk adanya penganjuran (*uitlokking*) adalah:

1. Harus ada orang yang mempunyai *opzet* (kehendak/maksud) untuk melakukan perbuatan pidana dengan cara menganjurkan orang lain.
2. Harus ada orang lain yang melakukan perbuatan yang sengaja dianjurkan.
3. Cara menganjurkan harus dengan cara-cara/salah satu cara daya upaya sebagaimana ditentukan dalam Pasal 55 ayat (1) ke-2.
4. Orang yang dianjurkan harus benar-benar melakukan perbuatan pidana sebagaimana yang dikehendaki oleh orang yang menganjurkan.

VI.

PEMBANTUAN (*MEDEPLECHTIGE*)

A. Pengertian Pembantuan (*Medeplechtige*)

Pada dasarnya, pembantuan (*medeplechtige*) adalah salah satu bentuk penyertaan (*deelneming*) yang diatur di dalam Buku I Bab V Pasal 56 KUHP, dikarenakan pengertian pembantuan (*medeplechtige*) hampir mirip dengan penyertaan (*deelneming*) dari aspek subjeknya.

Pasal 56 KUHP, menentukan: *Dipidana sebagai pembantu (medeplechtige) sesuatu kejahatan:*

Ke-1 : Mereka sengaja memberi bantuan pada waktu kejahatan dilakukan.

Ke-2 : Mereka yang sengaja memberi kesempatan, sarana atau keterangan untuk melakukan kejahatan.

Di dalam pasal ini dengan tegas disebutkan kata “kejahatan”. Ini berarti hanya membantu melakukan kejahatan saja yang dapat dipidana, dengan kata lain: membantu melakukan “pelanggaran” tidak dipidana. Hal ini juga secara tegas diatur dalam KUHP kita yaitu dalam Pasal 60 KUHP.

Secara sistematis, sengaja membantu orang lain melakukan suatu kejahatan, dibedakan atas dua macam pembantuan, yaitu pembantuan pada waktu dilakukan kejahatan tanpa dengan daya upaya tertentu, dan membantu yang mendahului melakukan kejahatan dengan daya upaya memberi kesempatan, sarana atau keterangan. Pembantuan dalam bentuk dengan sengaja membantu pada waktu kejahatan dilakukan, hampir mirip dengan bentuk turut serta melakukan. Inti pembantuan bahwa orang yang membantu hanya melakukan peranan yang tidak penting, sedangkan inti turut serta melakukan bahwa orang yang turut serta ada kerja sama yang erat antara mereka yang melakukan perbuatan pidana.¹⁹⁶

Dari perumusan Pasal 56 KUHP tersebut dapat dibedakan adanya dua macam pembantuan, yaitu:

1. Pembantuan pada waktu dilakukan kejahatan tanpa daya upaya tertentu. Ini berarti bahwa pembantuan yang diberikan pada waktu kejahatan dilakukan oleh pembantu tidak dibatasi. Artinya, setiap jenis pemberian-pemberian bantuan apa saja. Contoh: A berduel dengan B, kemudian C lewat dengan

¹⁹⁶ Moeljatno, Op. Cit., hlm. 54.

membawa pedang, selanjutnya A meminjam pedang C dan digunakan untuk memukul B.

2. Pembantuan yang mendahului/sebelum dilakukan kejahatan dengan daya upaya tertentu yaitu memberi kesempatan, sarana atau keterangan. Ini berarti bahwa pembantuan sebelum/yang mendahului dilakukannya kejahatan harus dilakukan dengan daya upaya yang telah ditentukan secara limitatif yaitu dengan memberi kesempatan, sarana atau keterangan-keterangan. Contoh: A membawa lari seorang wanita untuk diperkosa, di perjalanan A bertemu dengan temannya yaitu B yang sedang membawa motor. Setelah A memberitahukan maksud A kepada B untuk membawa lari wanita yang dibawanya untuk diperkosa, maka B kemudian meminjamkan motornya kepada A.

B. Pertanggungjawaban Pembantu Menurut Hukum Pidana

Mengenai pertanggungjawaban pembantu telah diatur di dalam Pasal 57 ayat (4) KUHP yang pada hakikatnya sama dengan apa yang di maksud dalam Pasal 55 ayat (2) KUHP.

Pasal 57 ayat (4) KUHP berbunyi:

“Dalam menentukan pidana bagi pembantu, yang diperhitungkan hanya perbuatan yang sengaja dipermudah atau diperlancar olehnya, beserta akibat-akibatnya”.

Dengan demikian, menurut susunan kata-kata Pasal 57 ayat (4) KUHP tersebut dapat ditentukan bahwa:

1. "Si pembantu" dipertanggungjawabkan terhadap perbuatan yang merupakan sekadar "perbuatan bantuan" yaitu yang mempermudah/memperlancar perbuatan si pelaku utama.
2. "Si pembantu" juga dipertanggungjawabkan terhadap akibat-akibat yang timbul dari perbuatan si pelaku utama.

C. Pembantuan Sebagai Delik yang Berdiri Sendiri

Adakalanya "perbuatan membantu kejahatan" oleh KUHP dijadikan kejahatan/delik yang berdiri sendiri misalnya di dalam ketentuan Pasal 110 KUHP.

Pasal 110 KUHP berbunyi:

1. *Permufakatan jahat untuk melakukan kejahatan tersebut Pasal 104-108 KUHP, diancam dengan pidana paling lama enam tahun.*
2. *Pidana tersebut berlaku juga bagi orang yang dengan maksud mempersiapkan/memperlancar kejahatan tersebut Pasal 104-108 KUHP:*
Ke-1 : Mencoba menggerakkan orang lain supaya melakukan, menyuruh lakukan atau turut serta melakukan, menggerakkan

orang lain supaya melakukan, menyuruh melakukan atau turut serta melakukan kejahatan atau supaya memberi bantuan pada waktu melakukan atau memberi kesempatan, sarana atau keterangan untuk melakukan kejahatan.

Ke-2 : Mencoba memperoleh kesempatan, sarana atau keterangan untuk melakukan kejahatan bagi diri sendiri atau orang lain. -

Ke-3 : Mempunyai persediaan barang-barang yang diketahui bahwa gunanya untuk melakukan kejahatan.

Ke-4 : Mempersiapkan atau mempunyai rencana untuk melaksanakan kejahatan, yang maksudnya akan diberitahukan kepada orang lain.

Ke-5 : Mencoba mencegah, merintangi atau menggagalkan tindakan yang diadakan oleh Pemerintah guna mencegah atau menindas pelaksanaan kejahatan.

3. Barang-barang termasuk dalam ayat (2) ke-3 dapat dirampas.

4. Tidak dipidana barang siapa ternyata bahwa maksudnya hanya mempersiapkan atau memperlancar percobaan ketatanegaraan dalam arti umum.

5. Jika dalam salah satu hal seperti yang di maksud dalam ayat (1) dan (2) pasal ini, kejahatan sungguh terjadi, pidananya dapat dilipat dua kali.

Hal di atas pada hakikatnya merupakan perbuatan pembantuan terhadap kejahatan yang disebut Pasal 104, 106, 107 dan 108 KUHP, di mana ancaman pidananya sama dengan pidana yang diancamkan dalam kejahatan pokok itu sendiri.

VII.

PERBARENGAN TINDAK PIDANA (*CONCURSUS/SAMENLOOP*)

A. Dasar Hukum

Ketentuan mengenai *concursus/samenloop* (penggabungan/perbarengan) diatur dalam Buku I Pasal 63 s/d 71 KUHP.

B. Pengertian *Concursus/Samenloop* (Penggabungan/ Perbarengan)

Istilah *concursus/samenloop* ini ada yang menerjemahkan sebagai “gabungan beberapa tindak pidana”, “rentetan beberapa peristiwa pidana”. Di samping itu ada juga memakai istilah “perbarengan dari beberapa perbuatan pidana”.

Suatu *samenloop van strafbare feiten* atau suatu gabungan dari perbuatan-perbuatan yang dapat dihukum itu hanya ada apabila perbuatan-perbuatan tersebut telah dilakukan oleh satu orang yang sama dan di antara perbuatan-perbuatan itu tidak terdapat suatu putusan hakim yang telah mengadili satu atau lebih dari perbuatan-perbuatan tersebut.

Ajaran tentang *concursus/samenloop* ini merupakan ajaran yang tersulit dalam ilmu hukum pidana, sehingga orang tidak akan dapat memahami apa yang sebenarnya dimaksud dengan *samenloop van strafbare feiten* itu sendiri, maupun permasalahannya apabila orang tidak mengikuti perkembangan paham mengenai “*feit*” yang terdapat dalam rumusan yang mengatur masalah *concursus/samenloop* itu, khususnya dalam rumusan Pasal 63 (1) KUHP. Adakalanya “*feit*” diterjemahkan dengan “perilaku”, meskipun dalam kenyataannya tidak selalu demikian. Sementara adakalanya juga “*feit*” diterjemahkan dengan “perbuatan” dengan alasan “*feit*” sebagai suatu “*materiele feit*” atau “*materiele handeling*” (“perbuatan nyata”).

Berkenaan dengan pembedanaannya ini, KUHP mengenal 4 sistem atau stelsel yaitu:

1. *Absorptie stelsel*
2. *Cumulatie stelsel*
3. *Verscherpte absorptie stelsel*
4. *Gematigde cumulatie stelsel*

Singkatnya, stelsel nomor 1 dan 2 disebut stelsel pokok, sedangkan nomor 3 dan 4 disebut *Tussen Stelsel* (stelsel tengah). Adapun penjelasannya adalah sebagai berikut:

1. *Absorptie stelsel*

Apabila seseorang melakukan beberapa perbuatan yang merupakan beberapa delik yang masing-masing diancam dengan pidana sendiri-sendiri atau berbeda-beda, maka menurut sistem ini hanya dijatuhkan satu pidana yaitu pidana terberat walaupun orang tersebut melakukan beberapa delik

Contoh: A melakukan 3 macam delik yang masing-masing dari perbuatan itu diancam dengan pidana penjara 1 tahun, 2 tahun, 3 tahun.

Menurut sistem ini pidana yang boleh dijatuhkan hanya satu pidana yang terberat, yaitu 3 tahun penjara. Pidana terberat ini seolah-olah menelan atau menyerap pidana lainnya yang lebih ringan (*absorptie* = menghisap/menelan/menyeras)

2. *Cumulatie stelsel*

Apabila seseorang melakukan beberapa perbuatan yang merupakan beberapa delik yang diancam dengan pidana sendiri-sendiri, maka menurut sistem ini tiap-tiap pidana yang diancam terhadap tiap-tiap delik semua dijatuhkan (*cumulatie* = menjumlahkan)

Contoh: Kalau diambil contoh di atas maka menurut sistem ini terhadap A yang melakukan 3 delik yang masing-masing diancam pidana sendiri-sendiri itu dikenai pidana 6 tahun yaitu 1 tahun + 2 tahun + 3 tahun.

3. *Verscherpte absorptie stelsel*

Apabila seseorang melakukan beberapa perbuatan pidana yang masing-masing diancam dengan pidana sendiri-sendiri, maka hanya dijatuhkan satu pidana saja, yaitu pidana yang terberat akan tetapi ditambah $\frac{1}{3}$ nya.

Contoh: Kalau menurut contoh di atas maka menurut stelsel ini Ia dijatuhi pidana terberat ditambah $\frac{1}{3}$ nya yaitu 1 tahun. Jadi jumlah pidana seluruhnya adalah 4 tahun.

4. *Gematigde cumulatie stelsel*

Apabila seseorang melakukan beberapa perbuatan yang merupakan delik berdiri sendiri yang diancam dengan pidana sendiri-sendiri, maka semua pidana yang diancamkan terhadap masing-masing delik dijatuhkan semuanya akan tetapi jumlah dari pada pidana itu harus dikurangi yaitu jumlahnya tidak boleh melebihi dari pidana yang terberat ditambah dengan $\frac{1}{3}$ nya.

Contoh: Dari contoh di atas mestinya ia dijatuhi pidana 6 tahun akan tetapi jumlah itu dikurangi sehingga pidana itu dibatasi tidak lebih dan 4 tahun yaitu 3 tahun + $\frac{1}{3}$ nya.

Dari beberapa stelsel tersebut di atas, yang manakah yang dianut oleh KUHP kita? Pada dasarnya yang dianut oleh KUHP kita ialah stelsel ke-3 dan ke-4 (stelsel tengah/*tussen stelsel*), akan tetapi di samping itu menggunakan juga stelsel ke-1 dan ke-2 (stelsel pokok walaupun hal ini digunakan dalam beberapa hal saja). Oleh karena *concurus/samenloop* ini berhubungan erat dengan masalah penjatuhan pidana, maka dapat dikatakan bahwa *concurus/samenloop* oleh KUHP dianggap sebagai suatu keadaan yang memberatkan pidana, sekalipun penulis beranggapan bahwa *concurus/samenloop* justru suatu keadaan yang meringankan pidana. Hal ini disebabkan dari beberapa perbuatan pidana yang dilakukan tersebut ancaman pidananya tidak bersifat kumulatif dalam arti ditambahkan secara ekstensif.

Pembagian lain dari *concurus/samenloop* apabila kita tinjau dari segi bentuknya dapat dibagi atas 3 hal:

1. *Eendaadse samenloop/concurus idealis* (Perbarengan Peraturan) (Pasal 63 KUHP).

Apabila seseorang melakukan suatu perbuatan akan tetapi dengan satu perbuatan tersebut ia melanggar beberapa peraturan pidana dengan mana berarti bahwa ia melaksanakan beberapa perbuatan pidana.

Ada beberapa contoh dari Arrest H.R.:

- Arrest tanggal 15 Februari 1932

Kasus posisinya adalah sebagai berikut: *seorang mengemudi sepeda motor pada waktu malam tanpa menggunakan lampu dan dalam keadaan mabuk.*

Bila kita tinjau sebelum tahun 1932 perbuatan mengemudi ini hanya merupakan *eendaadse samenloop*, dianggap satu perbuatan material. Akan tetapi setelah tahun 1932, H.R. berpendirian lain yaitu bahwa pengemudi itu melakukan dua perbuatan (*meerdaadse samenloop*). H.R. dalam pendiriannya ini menyandarkan pada ciri-ciri yang melekat pada perbuatan yang memiliki 2 ciri:

- a. Yang melekat pada bendanya/objeknya. Sepeda motor tanpa lampu.
- b. Yang melekat pada orangnya/subjeknya yang memakai sepeda motor tersebut dalam keadaan mabuk.

Dengan kata lain: H.R. pada waktu itu berpendapat bahwa perbuatan itu merupakan *meerdaadse samenloop*.

- Arrest 6 Juni 1932

Kasus posisinya adalah sebagai berikut: Seorang mengail ikan di kolam orang lain tanpa izin pemiliknya. Di Negeri Belanda ada aturan yang mengatur yaitu banang siapa yang akan mengail harus mendapat izin dari

yang berwajib (*Vis acte*). Kalau kita lihat persoalan tersebut maka si pemancing dengan satu perbuatan melakukan 2 pelanggaran, yaitu:

- a. Memancing tanpa izin dari pemilik.
- b. Mengail tanpa izin dari yang berwajib.

Sebelum tahun 1932, H.R. memandang sebagai *eendaadse samenloop* tetapi sejak tahun 1932 menganggap perbuatan tersebut *meerdaadse samenloop*.

- Arrest 27 Juni 1932

Kasus posisinya sebagai berikut: Seorang dalam keadaan mabuk berjalan di jalan umum dan biasanya orang mabuk tidak mempunyai keseimbangan badan, jalannya tidak tetap sehingga mengganggu keamanan lalu lintas. Pada saat berjalan Ia diperingatkan oleh Polantas tetapi ia tidak menghiraukan bahkan memukul Polantas yang sedang bertugas tersebut. Perbuatan memukul tersebut orang itu telah melanggar 2 peraturan pidana yaitu:

- a. Mabuk di jalan umum yang membahayakan keamanan lalu lintas.
- b. Memukul Polisi yang sedang bertugas.

Pendapat H.R. sebelum tahun 1932 termasuk *eendaadse samenloop*, tetapi sejak tahun 1932 termasuk *meerdaadse samenloop*.

Apakah pertimbangan H.R. sampai berpendapat walaupun orang (si pembuat) melakukan 1 (satu) perbuatan (*eendaadse*) akan tetapi sesungguhnya merupakan beberapa perbuatan (*meerderefeit*)? Alasannya terutama disandarkan pada ciri-ciri yang melekat pada masing-masing perbuatan tadi, yaitu ada ciri-ciri yang melekat pada orangnya dan ada yang melekat pada objeknya.

Apakah dengan alasan-alasan H.R. tadi sudah memberikan ukuran bilamana perbuatan termasuk *eendaadse samenloop* dan kapankah termasuk *meerdaadse samenloop*? Kalau kita lihat ke-3 Arrest sebenarnya tidak. H.R. hanya memberikan penafsiran secara kasuistik yaitu tiap-tiap kasus dinilai sendiri-sendiri. Sikap H.R. yang mengubah pendiriannya dari *eendaadse samenloop* menjadi *meerdaadse samenloop* justru menimbulkan pandangan berbeda dari beberapa sarjana

2. *Meerdaadse samenloop/consursus realis* (Perbarengan Perbuatan) (Pasal 65 KUHP)

Apabila seseorang melakukan beberapa perbuatan dan tiap-tiap perbuatan mana merupakan perbuatan pidana sendiri-sendiri dan terhadap perbuatan-perbuatan tadi diadili sekaligus. Kalau kita lihat dalam KUHP, *meerdaadse samenloop* dibagi dalam bentuk:

- a. Yang mengenai kejahatan (*misdrijven*) diatur dalam Pasal 65 dan 66 KUHP.
- b. Mengenai pelanggaran (*overtredingen*) diatur dalam Pasal 70 KUHP.

Adapun Pasal 65 KUHP tersebut terdiri dari beberapa ayat, sebagai berikut:

- Pasal 65 ayat 1 KUHP menentukan:

"Dalam hal pembarengan beberapa perbuatan yang harus dipandang sebagai perbuatan berdiri sendiri sehingga merupakan beberapa kejahatan yang diancam dengan pidana pokok sejenis, maka yang dijatuhkan adalah satu jenis pidana saja".

- Pasal 65 ayat 2 KUHP menentukan:

"Maksimum pidana yang dijatuhkan adalah jumlah maksimum pidana yang diancamkan terhadap perbuatan itu, tetapi tidak boleh lebih dari maksimum pidana yang terberat ditambah 1/3 nya".

Contoh dari jenis *meerdaadse samenloop*:

A melakukan 5 jenis perbuatan yang merupakan kejahatan yang diancam dengan pidana yang sejenis. Kejahatan 1 diancam 2 tahun penjara, perbuatan II diancam 3 tahun, perbuatan III diancam 4 tahun, perbuatan IV diancam 4 tahun dan perbuatan V diancam 6 tahun.

Kalau ada kejahatan yang demikian, berapakah orang yang melakukan perbuatan itu dijatuhi pidana?

Kalau kita melihat Pasal 65 KUHP, A hanya dijatuhi satu pidana saja, yaitu pidana yang terberat maksimum 20 tahun penjara. Akan tetapi jumlah ini tidak boleh melebihi dari pada terberat + 1/3 nya. Dengan demikian sistem yang dipergunakan adalah *verscherpte absorptie stelsel*/sistem absorpsi yang dipertajam. Tetapi mengenai ini ada pula sarjana yang berpendapat bahwa sistem itu bukan *verscherpte absorptie stelsel*, tetapi *gematigde cumulatieve stelsel*, oleh karena beberapa pidana itu dijatuhkan akan tetapi dibatasi yaitu jumlah semuanya tidak boleh melebihi dari pidana terberat + 1/3 nya. Karena batasan ini disebut *gematigde cumulatieve stelsel*.

Pasal 66 ayat (1) KUHP menentukan:

"Dalam hal pembarengan beberapa perbuatan yang masing-masing harus dipandang sebagai perbuatan yang berdiri sendiri-sendiri, sehingga merupakan beberapa kejahatan yang diancam dengan pidana pokok yang tidak sejenis, maka dijatuhkan pidana atas tiap-tiap kejahatan, tetapi jumlahnya tidak boleh melebihi maksimum pidana terberat ditambah sepertiga".

Pasal 66 ayat (2) KUHP menentukan:

"Denda dalam hal itu dihitung menurut lamanya maksimum kurungan pengganti yang ditentukan untuk perbuatan itu".

Kalau kita perhatikan Pasal 66 KUHP di atas, yang diatur adalah mengenai *meerdaadse samenloop* yang terdiri atas beberapa kejahatan yang diancam dengan pidana pokok yang tidak sejenis.

Contoh:

B melakukan 3 jenis/buah perbuatan yang merupakan 3 kejahatan yang diancam dengan pidana yang tidak sejenis, yaitu:

Perbuatan I diancam pidana penjara 2 tahun.

Perbuatan II diancam pidana kurungan 1 tahun.

Perbuatan III diancam pidana denda Rp 500.

Timbul pertanyaan, bagaimana caranya menentukan pidana yang dijatuhkan pada B tersebut? Kalau kita lihat Pasal 66 ayat 1 dan 2 KUHP: tiap-tiap pidana itu dijatuhkan akan tetapi dibatasi yaitu jumlah pidana itu tidak boleh melebihi maksimum pidana terberat + $\frac{1}{3}$ nya. Melihat hal ini berarti sistem yang dipergunakan dalam pemidanaannya yaitu *gematigde stelsel*/sistem *cumulatle* terbatas.

Bagaimana pidana denda harus diperhitungkan? Pasal 66 ayat (2) KUHP menentukan bahwa pidana denda harus diperhitungkan dengan pidana kurungan sebagai pengganti pidana denda. Jadi, disebut juga dengan pidana kurungan pengganti. Pasal ini kurang memberi gambaran yang jelas sehingga timbul pertanyaan, bagaimana memperhitungkan pidana denda menjadi pidana kurungan sebagai pidana pengganti? Guna menjawab hal ini, maka perlu kita lihat Pasal 30 KUHP:

- Ayat 1 : Pidana denda paling sedikit tiga rupiah tujuh puluh lima sen.
- Ayat 2 : jika pidana denda tidak dibayar, ia diganti dengan pidana kurungan.
- Ayat 3 : Lamanya pidana kurungan pengganti paling sedikit satu hari dan paling lama enam bulan.
- Ayat 4 : Dalam putusan Hakim, lamanya pidana kurungan pengganti ditetapkan demikian: jika pidana dendanya tujuh rupiah lima puluh sen atau kurang, dihitung satu hari; jika lebih dari tujuh rupiah lima puluh sen, tiap-tiap tujuh rupiah lima puluh sen dihitung paling banyak satu hari demikian pula sisanya yang tidak cukup tujuh rupiah lima puluh sen.
- Ayat 5 : Jika ada pemberatan pidana denda, disebabkan karena perbarengan atau pengulangan atau karena ketentuan Pasal 52, maka pidana kurungan pengganti paling lama delapan bulan.
- Ayat 6 : Pidana kurungan pengganti sekali kali tidak boleh lebih dari delapan bulan

Apabila Pasal 30 KUHP tersebut kita bahas ternyata dirumuskan dalam beberapa hal:

Apabila seseorang dijatuhi pidana denda oleh hakim dan ia tidak mau membayar denda tersebut maka ia diharuskan menjalankan pidana kurungan sebagai pengganti pidana denda/kurungan subsider.

Dalam ayat (3): lamanya pidana kurungan pengganti sekurang-kurangnya 1 hari setinggi-tingginya 6 bulan, kecuali dengan adanya *concurus/samenloop*.

Keadaan sebagai pegawai negeri maksimum 6 bulan bisa ditambah $\frac{1}{3}$ = 8 bulan (ayat 5 dan 6).

Dari uraian di atas dapat disimpulkan bahwa:

- *Meerdaadse samenloop* yang diatur dalam Pasal 65 dan 66 KUHP yaitu *meerdaadse samenloop* mengenai kejahatan.
- Sebagai sistem pembedaannya dalam Pasal 65 KUHP adalah *verscherpte absorptie stelsel*.
- Sedangkan dalam Pasal 66 KUHP mengenai sistem pembedaannya dipakai kumulasi terbatas (*gematigde cumulatie stelsel*).

Kalau kita tinjau kedua sistem itu ternyata tidak ada perbedaan, yaitu:

- Pasal 65 KUHP dijatuhi hukuman/pidana terberat + $\frac{1}{3}$ nya.
- Pasal 66 KUHP tiap-tiap pidana dijumlahkan, akan tetapi terbatas jumlahnya, yaitu tidak boleh melebihi dari pidana terberat + $\frac{1}{3}$ nya. Dengan demikian, pada prinsipnya sama.

Di mana letak perbedaan *verscherpte absorptie stelsel* dengan *gematigde cumulatie stelsel*? Perbedaannya hanya terletak pada pidana pokok yang diancamkan pada kejahatan-kejahatan yang timbul karena perbedaan pada ancamannya. Kalau *verscherpte absorptie stelsel*, pidana pokok yang diancamkan adalah sejenis, sedangkan *gematigde cumulatie stelsel*, pidana pokok yang diancamkan tidak sejenis.

Sehubungan dengan hal-hal tersebut di atas, di mana mengenai *concursum/samenloop* selalu ditentukan pidana yang terberat, apakah yang dijadikan ukuran, apabila seseorang melakukan beberapa perbuatan atau pidana, misalnya: perbuatan pidana I diancam dengan penjara 1 bulan, perbuatan pidana II diancam kurungan 6 bulan. Melihat sistem *concursum/samenloop* ini, dalam hal ini mana yang terberat antara penjara 1 bulan dengan kurungan 6 bulan, karena pada hakikatnya di antara kedua jenis pidana ini sama-sama merampas hak kemerdekaan seseorang.

3. *Voorgezette handeling* (Perbuatan berlanjut) (Pasal 64 KUHP)

Apabila seseorang melakukan beberapa perbuatan dan beberapa perbuatan tersebut merupakan beberapa delik tersendiri tetapi di antara perbuatan-perbuatan itu ada hubungannya yang sedemikian eratnya satu sama lain sehingga beberapa perbuatan itu harus dianggap sebagai perbuatan berlanjut.

Bangunan *samenloop* ini diatur dalam Pasal 64 KUHP.

Pasal 64 ayat 1 KUHP:

"Jika antara beberapa perbuatan, meskipun masing-masing merupakan kejahatan atau pelanggaran, ada hubungannya sedemikian rupa hingga harus dipandang sebagai satu perbuatan berlanjut (Voorgezette handeling), maka

hanya dikenakan satu aturan pidana, jika berbeda-beda yang dikenakan yang memuat ancaman pidana pokok yang paling berat”.

Pasal 64 ayat 2 KUHP:

“Demikian juga hanya dikenakan satu aturan pidana, jika orang dinyatakan bersalah melakukan pemalsuan atau perusakan mata uang dan menggunakan barang yang dipalsu atau yang dirusak itu”.

Pasal 64 ayat 3 KUHP:

“Akan tetapi, jika orang yang melakukan kejahatan-kejahatan tersebut dalam Pasal 364, 373, 379, 407 ayat 1, sebagai perbuatan berlanjut dan nilai kerugian yang ditimbulkan jumlahnya melebihi dari tiga ratus tujuh puluh lima rupiah, maka ia dikenakan aturan pidana tersebut dalam Pasal 362, 372, 378, 406”.

Apabila kita tinjau Pasal 64 KUHP, di sana hanya ditentukan bahwa hanya satu peraturan pidana yang diperlukan atau diterapkan, yaitu pidana yang terberat. Mengenai soal pemidanaannya ketentuan dalam Pasal 64 KUHP menyimpang dari ketentuan Pasal 65 dan 66 KUHP. Di mana menurut Pasal 65 KUHP, pidana yang dijatuhkan ialah satu pidana yang terberat + $\frac{1}{3}$ nya, tetapi menurut Pasal 64 KUHP yang dijatuhkan. Ialah pidana yang terberat saja. Oleh karena itu, dapat juga dikatakan bahwa *Voorgezette handeling* yang disebut dalam Pasal 64 KUHP ini dianggap sebagai bentuk pengecualian dari *meerdaadse samenloop* yang tersimpul dalam Pasal 65 dan 66 KUHP.

Mengapa Pasal 64 KUHP ini dikatakan menyimpang dari ketentuan Pasal 65 dan 66 KUHP? Penyimpangan ini terletak pada bahwa justru antara beberapa perbuatan yang dilakukan seseorang itu merupakan hubungan yang sedemikian eratny.

Persoalan yang timbul ialah kapankah dapat dikatakan bahwa seseorang melakukan beberapa perbuatan yang merupakan beberapa delik itu terdapat hubungan yang sedemikian eratny sehingga perbuatan itu harus dianggap sebagai satu perbuatan berlanjut?

Mengenai soal ini tidak kita jumpai dalam KUHP, sehingga untuk mendapatkan penjelasan kita harus mencarinya dalam doktrin/MvT. Dan barulah kita mendapat penjelasannya apabila kita pelajari MvT atau riwayat dari Pasal 64 KUHP tersebut.

Menurut MvT tersebut untuk dapat dimasukkan dalam pengertian *Voorgezette handeling* harus dipenuhi 3 syarat:

- a. Beberapa perbuatan yang dilakukan seorang itu harus tumbuh dan satu kehendak yang terlarang.
- b. Waktu antara perbuatan-perbuatan yang dilakukan itu tidak boleh terlalu lama.
- c. Beberapa perbuatan yang dilakukan seorang itu harus sama jenisnya.

Contoh: A pembantu rumah tangga pada suatu hari melihat majikannya membawa sejumlah uang Rp1.000.000,- dan kemudian menyimpannya di almari. Melihat hal ini A timbul niatnya untuk mengambil uang tersebut, diambilnya berulang-ulang sampai uang tersebut habis. Dengan tujuan mengelabui majikannya, maka A melakukan 10 kali pencurian dalam hari yang berbeda. Dari 10 kali pencurian ini harus dianggap sebagai satu perbuatan berlanjut karena memenuhi ketiga syarat tadi, yaitu:

- a. Perbuatan A mengambil 10 kali tersebut timbul dari kehendak yang terlarang.
- b. Perbuatan itu dilakukan dalam waktu yang tidak terlalu lama jangka waktu tidak terlalu lama).
- c. Kesemuanya sejenis.

Contoh lain: A yang bermusuhan dengan B pada suatu saat bertemu di jalan. Dalam keadaan itu B memaki A. A menjadi panas dan berbalik memaki B dengan kata-kata yang menghina pada hari pertama. Tetapi tidak puas dengan itu saja kemudian B ditinjunya pada hari kedua. Karena kurang merasa puas juga maka A memegang baju B dan dirobeknya pada hari ketiga.

Dalam hal ini A telah melakukan beberapa perbuatan.

Perbuatan I : penghinaan (Pasal 315 KUHP)

Perbuatan II : memukul (penganiayaan Pasal 352 KUHP)

Perbuatan III : merobek pakaian termasuk merusak barang orang lain (Pasal 406 KUHP) dan ketiganya merupakan perbuatan yang tidak sejenis.

Selanjutnya di dalam Pasal 64 ayat (3) KUHP menentukan:

“Akan tetapi jika orang melakukan kejahatan-kejahatan seperti tersebut dalam Pasal 364, 373, 379 dan 407 ayat (1), sebagai perbuatan berlanjut dan nilai kerugian yang ditimbulkan jumlahnya lebih dari tiga ratus tujuh puluh lima rupiah, maka ia dikenakan aturan pidana tersebut dalam Pasal 362, 372, 378 dan 406”.

Kalau kita perhatikan Pasal 64 ayat (3) KUHP di atas, maka tampak beberapa kejahatan:

- Pencurian ringan (Pasal 364 KUHP)
- Penggelapan ringan (Pasal 373 KUHP)
- Penipuan ringan (Pasal 379 KUHP)
- Merusak barang orang lain (Pasal 407 KUHP)

Bilamana kita tinjau perumusan Pasal 64 ayat 3 KUHP tersebut yang diaturnya adalah: Apabila seseorang melakukan beberapa perbuatan dan perbuatan-perbuatannya itu merupakan kejahatan-kejahatan ringan, maka kejahatan-kejahatan ringan harus dianggap sebagai pelanggaran (*overtredingen*).

Apabila dilakukan sebagai perbuatan berlanjut dan nilai kerugian yang ditimbulkan jumlahnya lebih dari tiga ratus tujuh puluh lima rupiah, maka dikenakan aturan pidana tersebut dalam Pasal 362, 372, 378, 406 KUHP.

Contoh:

Apabila seseorang melakukan kejahatan ringan, misalnya penggelapan ringan (Pasal 373 KUHP) beberapa kali dan nilai dari penggelapan ringan tersebut lebih dari tiga ratus tujuh puluh lima rupiah, maka sebagai perbuatan berlanjut kejahatan-kejahatan yang dilakukan itu dianggap sebagai pelanggaran-pelanggaran biasa, jadi diatur dalam Pasal 372 KUHP.

Pasal 71 KUHP:

“Jika seseorang, setelah dijatuhi pidana kemudian dinyatakan bersalah lagi karena melakukan kejahatan-kejahatan atau pelanggaran lain sebelum ada putusan pidana itu, maka pidana yang dahulu diperhitungkan pada pidana yang akan dijatuhkan, dengan menggunakan aturan-aturan dalam bab ini mengenai hal perkara-perkara diadili pada saat yang sama”.

Jadi, apa yang diatur dalam Pasal 71 KUHP adalah: “Apabila seseorang setelah dijatuhi suatu pidana, kemudian ia dituntut lagi terhadap perbuatan pidana yang lain yang dilakukannya sebelum dijatuhkan pidana tadi, maka dalam hal menetapkan pidana yang telah dijatuhkan harus diperhitungkan seolah-olah semua perbuatan pidana itu diadili sekaligus”,

Bentuk ini kelihatan sama dengan *samenloop*, padahal sebenarnya bukanlah bentuk *samenloop*.

Contohnya:

A pada tanggal 1 Januari 1970 melakukan kejahatan pencurian, tapi kemudian pada tanggal 10 Februari 1970 ia juga melakukan kejahatan pencurian lagi. Dari jenis pencurian yang dilakukan ini karena bukti dari pencurian ini yang dilakukan pada tanggal 10 Februari 1970 sudah jelas maka diajukanlah pencurian itu dan oleh hakim misalnya pada tanggal 1 Maret 1970 A dijatuhi pidana 5 tahun penjara. Setelah ada putusan dari hakim tersebut di atas, atas pencurian tersebut ternyata kemudian bahwa perbuatan yang dilakukan tanggal 1 Januari 1970 perkaranya baru dapat diajukan, diadili oleh hakim, karena bukti-buktinya baru diperoleh secara lengkap, misalnya baru diadili 1 April 1970. Dari contoh ini bangunan kejahatan yang dilakukan itu bukanlah *samenloop*, akan tetapi bagaimanakah pidananya yang akan dikenakan terhadap A tersebut?

Menurut Pasal 71 KUHP, pidana yang dijatuhkan terhadap delik yang kemudian baru dapat dituntut harus diperhitungkan dengan pidana yang telah dijatuhkan terhadap delik-delik yang telah dituntut terlebih dahulu, seolah-olah delik tersebut diadili sekaligus, yaitu dengan menggunakan Pasal 65 KUHP, apabila delik-delik itu diancam dengan pidana yang sejenis. Sebaliknya jika diancam dengan pidana yang tidak sejenis maka digunakan ketentuan Pasal 66 KUHP. Dengan

demikian dapat disimpulkan bahwa apa yang diatur dalam Pasal 71 KUHP merupakan pengecualian terhadap *meerdaadse samenloop*.

Kalau kita lihat, maka sebenarnya Pasal 71 KUHP hanya ditujukan kepada hakim, sebab hakim tidak boleh menjatuhkan pidana baru dalam hal itu, sebab pidana yang telah dijatuhkan terlebih dahulu sudah merupakan pidana yang terberat.

VIII.

PENGULANGAN TINDAK PIDANA (*RECIDIVE*)

A. Pengertian Pengulangan Tindak Pidana (*Recidive*)

Ketentuan mengenai pengulangan tindak pidana (*recidive*) diatur di dalam Bab XXXI Buku II Pasal 486, 487 dan 488 KUHP.

Recidive itu terjadi apabila seseorang telah melakukan perbuatan pidana dan terhadap perbuatan pidana tersebut telah dijatuhi dengan putusan hakim. Pidana tersebut telah dijalankan akan tetapi setelah ia selesai menjalani pidana dan dikembalikan kepada masyarakat, dalam jangka waktu tertentu setelah pembebasan tersebut ia kembali melakukan perbuatan pidana.

Recidive menurut sistematika KUHP merupakan hal yang memberatkan pidana. Kalau kita bandingkan dengan *samenloop* maka perbedaannya yaitu:

- *Samenloop* : di antara perbuatan pidana yang dilakukan itu belum ada putusan hakim.
- *Recidive* : di antara perbuatan yang dilakukan sudah dijatuhi pidana melalui putusan hakim.
- *Samenloop* : perbuatan pidana itu diadili sekaligus.
- *Recidive* : tidak diadili sekaligus.

Apabila orang yang telah dijatuhi pidana itu kemudian melakukan lagi perbuatan pidana, maka orang itu telah membuktikan tabiatnya yang kurang baik. Meskipun ia telah dipidana tetapi karena sifatnya yang kurang baik itu, ia kembali melakukan perbuatan pidana. Oleh karena sifatnya yang demikian itu, maka residivis (pelaku pengulangan tindak pidana) perlu dijatuhi pidana yang lebih berat lagi meskipun ia telah dididik dalam Lembaga Pemasyarakatan agar mereka kemudian setelah kembali ke dalam masyarakat dapat hidup normal sebagai warga masyarakat lainnya.

Namun apabila dia melakukan perbuatan pidana lagi maka terhadapnya dapat dikenakan pasal mengenai *recidive* dengan ancaman pidana yang lebih berat

B. Sistem *Recidive*

Mengenai *recidive* ini, kita mengenal beberapa sistem:

1. *Recidive* umum (*Algemene recidive* atau *Generale recidive*).
2. *Recidive* khusus (*Speciale recidive* atau *Bijzondere recidive*).
3. *Tussen stelsel* (tempatnya antara *recidive* umum dan *recidive* khusus).

1. *Recidive* Umum (*Algemene Recidive*)

Recidive umum terjadi apabila seseorang yang telah melakukan delik kemudian terhadap perbuatan pidana tersebut telah dijatuhi pidana oleh hakim serta menjalani pidana di dalam lembaga pemasyarakatan. Setelah selesai menjalani hukumannya, bebas, dan kembali ke dalam masyarakat, akan tetapi dalam jangka waktu tertentu yang ditetapkan undang-undang orang tersebut melakukan lagi perbuatan pidana, perbuatan pidana mana tidak perlu sejenis.

2. *Recidive* Khusus (*Speciale Recidive*)

Bentuk *recidive* ini terjadi, apabila seseorang melakukan perbuatan pidana dan terhadap perbuatan pidana tersebut telah dijatuhi pidana oleh hakim. Setelah dijatuhi pidana dan pidana itu telah dijalannya, kemudian kembali ke masyarakat, akan tetapi dalam jangka waktu tertentu yang ditetapkan oleh undang-undang kembali lagi melakukan perbuatan pidana yang sejenis dengan perbuatan pidana yang terdahulu.

3. *Tussen Stelsel*

Yang dimaksud dengan *Tussen Stelsel* adalah apabila seseorang melakukan perbuatan pidana dan terhadap perbuatan pidana itu ia telah dijatuhi pidana oleh hakim. Tetapi setelah ia menjalani pidana dan kemudian dibebaskan, orang tersebut dalam jangka waktu tertentu yang telah ditentukan oleh undang-undang melakukan perbuatan pidana dan perbuatan pidana yang dilakukan itu merupakan golongan tertentu yang ditetapkan oleh undang-undang.

Apa yang dimaksud dengan perbuatan pidana menurut penggolongan undang-undang"? Maksudnya adalah undang-undang menentukan dulu sejumlah perbuatan pidana dan dibaginya dalam golongan yang menurut sifatnya dianggap sama. Perbuatan pidana yang sifatnya sama dimasukkan dalam satu golongan.

Perbuatan pidana yang menurut sifatnya dianggap sama, misalnya:

- Perbuatan I : Pencurian
- Perbuatan II : Penggelapan
- Perbuatan III : Perampasan

Ketiga jenis perbuatan pidana ini merupakan kejahatan terhadap harta kekayaan (asal tertuju dalam harta kekayaan). Contoh: A melakukan pencurian,

setelah diadili dan dipidana serta menjalani pidananya, kemudian A dikembalikan ke masyarakat, bebas. Bilamana kemudian A melakukan delik lagi yang sifatnya sama golongannya dengan delik terdahulu (misalnya: penggelapan, perampasan), maka pidananya diperberat.

Pada dasarnya yang dianut oleh KUHP kita sebagaimana ditentukan dalam Pasal 486, 487, 488 KUHP ialah *Tussen Stelsel*. Namun demikian, KUHP kita juga menganut sistem *recidive* khusus yang tidak diatur dalam Bab XXXI KUHP, akan tetapi diatur secara sendiri dalam pasal-pasal yang bersangkutan. Oleh karena itulah pasal-pasal mengenai *recidive* tidak diatur dalam buku I. Hal ini berarti bahwa tiap-tiap delik itu mengatur tersendiri mengenai *recidive* tersebut, di mana *speciale recidive* tidak berlaku terhadap tiap-tiap delik. Adapun ketentuan mengenai *recidive* diatur dalam pasal-pasal sebagai berikut:

Pasal 486 KUHP berbunyi:

“Pidana penjara yang dirumuskan dalam Pasal 127, 204, ayat pertama, 244-248, 253-260 bis, 263, 264, 266-268, 274, 362, 363, 365 ayat pertama, kedua dan ketiga, 368 ayat pertama dan kedua sepanjang di situ ditunjuk kepada ayat kedua dan ketiga Pasal 365, Pasal 369, 372, 374, 375, 378, 380, 381-383, 385-388, 397, 400, 402, 415, 417, 425, 432 ayat penghabisan, 452, 466, 480, dan 481, begitupun pidana penjara selama waktu tertentu yang diancam menurut Pasal 204 ayat kedua, 365 ayat keempat dan 365 ayat kedua sepanjang di situ ditunjuk kepada ayat keempat Pasal 365, dapat ditambah dengan sepertiga, jika yang bersalah ketika melakukan jabatan belum lewat lima tahun, sejak menjalani untuk seluruhnya atau sebagian dari pidana penjara yang dijatuhkan kepadanya, baik karena salah satu kejahatan yang dirumuskan dalam pasal-pasal itu, maupun karena salah satu kejahatan, yang dimaksud dalam salah satu dari Pasal 140-143, 145-149. Kitab Undang-undang Hukum Pidana Tentara, atau sejak pidana tersebut baginya sama sekali telah dihapuskan (kwijtgescholden) atau jika pada waktu melakukan kejahatan, kewenangan menjalankan pidana tersebut belum daluwarsa”.

Kalau kita tinjau Pasal 486 KUHP ini, ternyata yang diatur adalah dalam hal apa pidana maksimum dari beberapa kejahatan dapat ditambah $\frac{1}{3}$ karena *recidive*. Kalau kita lihat pasal-pasal yang ditajuk dalam Pasal 486 KUHP, kejahatan-kejahatan yang digolongkan terdiri dari perbuatan-perbuatan yang dilakukan seseorang dengan maksud untuk mendapatkan keuntungan yang tidak halal ataupun yang dilakukan seseorang dengan melakukan tipu muslihat Hal inilah yang dijadikan dasar untuk memperberat pidananya dengan $\frac{1}{3}$ dengan syarat:

1. Terhadap kejahatan yang dilakukan harus sudah dipidana dengan putusan hakim yang tidak dapat dirubah lagi, dan dengan hanya pidana penjara.
2. Harus dalam jangka waktu lima tahun terhitung dari saat selesainya menjalani pidana penjara dengan saat ia melakukan perbuatan pidana untuk kedua kalinya.

Pasal 487 KUHP berbunyi:

“Pidana penjara yang ditentukan dalam Pasal 131, 140 ayat pertama, 140, 170, 213, 214, 388, 341, 342, 344, 347, 348, 351, 353-355, 438-443, 459 dan 460, begitu pun pidana penjara selama waktu tertentu yang diancam menurut Pasal 140, Pasal 140 ayat kedua dan ketiga, 399, 340, 444, dapat ditambah sepertiga, jika yang bersalah ketika melakukan kejahatan belum lewat lima tahun sejak menjalani untuk seluruhnya atau sebagian pidana penjara yang dijatuhkan kepadanya, baik karena salah satu kejahatan yang diterangkan dalam pasal-pasal itu maupun karena salah satu kejahatan yang di maksudkan dalam Pasal 106 ayat kedua dan ketiga, 107 ayat kedua dan ketiga, 108 ayat kedua, sejauh kejahatan yang dilakukan itu atau perbuatan yang menyertainya menyebabkan luka-luka atau kematian; Pasal 131 ayat kedua dan ketiga, 137 dan 138 KUHP. Tentara atau sejak pidana tersebut baginya sama sekali telah dihapuskan atau jika pada waktu melakukan kejahatan, kewenangan menjalankan pidana tersebut belum kedaluwarsa”.

Kalau kita lihat perumusan ini, ternyata dalam pasal tersebut terdapat segolongan kejahatan-kejahatan tentang perbuatan pidana yang dilakukan seseorang dengan menggunakan kekerasan terhadap orang lain antara lain: pembunuhan dan penganiayaan.

Inilah beberapa kejahatan yang diatur dalam Pasal 487 KUHP yang memungkinkan pidananya ditambah 1/3, asal saja memenuhi syarat-syarat seperti yang diatur dalam Pasal 486 KUHP karena hanya pidana penjara dari kejahatan tersebut di dalamnya boleh ditambah dengan 1/3nya karena *recidivie* itu.

Pasal 488 KUHP berbunyi:

“Pidana yang ditentukan dalam Pasal 134-138, 142-144, 207, 208, 310-321, 483 dan 484, dapat ditambah sepertiga, jika yang bersalah ketika melakukan kejahatan belum lewat lima tahun sejak menjalani untuk seluruhnya atau sebagian pidana penjara yang dijatuhkan kepadanya karena salah satu kejahatan yang diterangkan pada pasal itu, atau sejak pidana tersebut baginya sama sekali telah dihapuskan atau jika waktu melakukan kejahatan, kewenangan menjalankan pidana tersebut kedaluwarsa”.

Syarat-syarat agar pidana maksimum dapat ditambah 1/3 karena *recidive* menurut Pasal 488 KUHP, adalah:

1. Syarat-syarat pertama ini berbeda dengan syarat pertama yang ditentukan dalam Pasal 487 KUHP, 486 KUHP. Dalam pasal 488 KUHP ini, tidak ditentukan harus dengan penjara yang harus dilakukan berhubung dengan kejahatan pertama. Pasal 488 KUHP hanya menyebutkan pidana saja, bukan pidana penjara saja. Ini berarti pidana kurungan dan denda dapat merupakan dasar pemberatan tersebut
2. Sama dengan syarat kedua dalam Pasal 486/487 KUHP.

Speciale Recidive:

Sebagaimana telah diutarakan bahwa *recidive* khusus harus ada hubungan antara perbuatan pidana lama, yaitu delik yang dilakukan pertama kali yang telah dijatuhi pidana oleh hakim harus sama dengan perbuatan pidana yang dilakukan kemudian. *Speciale recidive* tidak diatur dalam Bab XXXI buku II tetapi diatur dalam tiap-tiap pasal tersendiri, yang terdapat dan berbeda di antara beberapa:

1. Kejahatan
2. Pelanggaran

1. *Speciale recidive* terhadap beberapa kejahatan (di sini tidak termasuk Pasal 486, 487 dan 488 KUHP).

Recidive khusus terhadap beberapa kejahatan diatur dalam beberapa pasal tentang *verpreidings delicten* (diatur dalam Pasal 137 s/d 144 KUHP), kejahatan *opruing* (Pasal 161 s/d 163 KUHP) dan delik-delik penyebab kebencian (Pasal 154 s/d 157 KUHP). Kalau kita lihat ketentuan-ketentuan tersebut maka dalam hal *recedive*: pidananya boleh ditambah dengan pemecatan dari jabatannya jika diulangnya dalam jangka waktu yang ditetapkan ada yang 2 tahun ada pula yang 5 tahun.

Contoh:

Pasal 137 KUHP, pidananya dapat diperberat dengan pidana tambahan, yaitu pemecatan dari jabatannya apabila kejahatan tersebut diulangi lagi. Tenggang waktunya ditetapkan 2 tahun.

2. *Speciale recidive* terhadap beberapa pelanggaran.

Mengenai beberapa pelanggaran ini bisa yang mengenal perbuatan yang diatur dalam Pasal 489 s/d 492 KUHP, 516 s/d 526 KUHP, 540 s/d 544 KUHP, dan sebagainya. Dalam hal-hal ini, pidana maksimum yang diperberat dengan mengganti pidana denda dengan pidana kurungan apabila pelanggaran tersebut diulangi. Jangka waktu yang ditetapkan untuk residivis ada yang satu tahun ada yang 2 tahun, sejak tanggal pidana terdahulu dijatuhkan.

Contoh:

Pasal 489 KUHP, apabila seseorang yang pernah dijatuhi pidana karena nakal kemudian dalam jangka waktu 1 tahun melakukan perbuatan nakal lagi, maka pidananya diperberat yaitu tidak lagi merupakan pidana denda akan tetapi karena diulangi diganti dengan pidana kurungan yang lamanya 3 hari.

Pasal 492 KUHP berbunyi:

- (1) *Barang siapa dalam keadaan mabuk di muka umum merintangai lalu lintas, atau mengganggu ketertiban, atau mengancam keamanan orang lain, atau melakukan sesuatu yang harus dilakukan dengan hati-hati atau dengan mengadakan tindakan penjagaan tertentu lebih dahulu agar jangan membahayakan nyawa atau kesehatan orang lain, diancam dengan*

kurungan paling lama enam hari atau denda paling banyak tiga ratus tujuh puluh lima rupiah.

- (2) *Jika ketika melakukan pelanggaran belum lewat satu tahun sejak adanya pemidanaan yang menjadi tetap karena pelanggaran yang sama, atau karena hal yang dirumuskan dalam Pasal 436, dijatuhi pidana kurungan paling lama dua minggu.*

Recidive dalam pelanggaran ini tidak lagi merupakan pidana denda, tetapi diancam dengan pidana kurungan 2 minggu. *Recidive* merupakan hal pemberatan pidana juga dalam kedudukan sebagai pegawai negeri (Pasal 52 KUHP)

Pasal 52 KUHP berbunyi:

“Bilamana seorang pejabat karena melakukan perbuatan pidana melanggar suatu kewajiban khusus dari jabatannya, atau pada waktu melakukan perbuatan pidana memakai kekuasaan, kesempatan atau sarana yang diberikan kepadanya karena jabatannya, pidananya dapat ditambah sepertiga”.

DAFTAR PUSTAKA

Buku:

- Abidin, A. Z. *Asas-asas Hukum Pidana bagian Pertama*. Bandung: Alumni, 1987.
- _____. *Hukum Pidana I*, cet. II. Jakarta: Sinar Grafika, 2007.
- Adji, Indriyanto Seno. 2002. *Korupsi dan Hukum Pidana*. Jakarta: Kantor Pengacara Prof. Dr. Oemar Seno Adji.
- Arief, Barda Nawawi, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*. Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 1996.
- _____. “Masalah Pemidanaan Sehubungan dengan Perkembangan Delik-delik Khusus dalam Masyarakat Modern”. (Makalah yang disampaikan pada Seminar Perkembangan Delik-delik Khusus dalam Masyarakat yang Mengalami Modernisasi, yang diselenggarakan oleh BPHN-UNAIR Surabaya, 25 - 27 Februari 1980) (Bandung: Bina Cipta, 1982).
- Bentham, Jeremy. *A Fragment of Government*. London: Tample Bar, Tanpa Tahun.
- Chazawi, Adami. 2012. *Pelajaran Hukum Pidana (Bagian 1)*. Jakarta: Rajawali Pers.
- Croall, Hazel. 1988. *Crime and Society in Britain*. London: Longmann.
- Dan-Cohen, Meir. 2002. *Harmful Thought: Essay on Law, Self and Morality*. Princenton & Oxford: Princenton University Press.
- Duff, R.A. dan Stuart P. Green (eds.). 2005. *Defining Crimes: Essays on the Special Part of the Criminal Law*. New York: Oxford University Press.
- Harkrisnowo, Harkristuti. 2001. *Tindak Pidana Kesusilaan dalam Perspektif Kitab Undang-undang Hukum Pidana Dalam Pidana Islam di Indonesia: Peluang, Prospek dan Tantangan*. Jakarta: Pustaka Firdaus.
- Hart, H. L. A. 1961. *The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Hiariej, Eddy O. S. 2009. *Pengantar Hukum Pidana Internasional*. Jakarta: Erlangga.
- Huda, Chairul. 2011. *Dari Tiada Pidana Tanpa Kesalahan Menuju Kepada Tiada Pertanggungjawaban Pidana Tanpa Kesalahan, Tinjauan Kritis Terhadap Teori Pemisahan Tindak Pidana dan Pertanggungjawaban Pidana* cet. Ke-4. Jakarta: Kencana Prenada Media Group.
- Jonkers, J.E. 1946. *Handbock van het Ned Indische Strafrecht*. Leiden: E.J. Brill.
- Kanter, E.Y. dan S.R. Sianturi. 2002. *Asas-Asas Hukum Pidana di Indonesia dan Penerapannya*. Jakarta: Storia Grafika.
- Kholiq, M. Abdul. 2002. *Buku Pedoman Kuliah Hukum Pidana*. Yogyakarta: Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia.

- Moeljatno. 1983. *Perbuatan Pidana dan Pertanggungjawaban dalam hukum Pidana*. Jakarta: PT Bina Aksara.
- _____. 2015. *Asas-Asas Hukum Pidana*. cet. IX, Jakarta: Rineka Cipta.
- Muladi dan Dwidja Priyatno. 2010. *Pertanggungjawaban Pidana Korporasi*. Jakarta: Kencana Prenada Media Group.
- Prodjodikoro, Wirjono. 1981. *Azas-Azas Hukum Pidana di Indonesia*. Jakarta: Eresco.
- Remmelink, Jan. 2003. *Hukum Pidana Komentaris atas Pasal-pasal Terpenting dari Kitab Undang-undang Hukum Pidana Belanda dan Padanannya dalam Kitab Undang-undang Hukum Pidana Indonesia*. Diterjemahkan oleh Tristram Pascal Moeliono. Jakarta: PT Gramedia Pustaka Utama.
- Saleh, Roeslan. 1982. *Pikiran-Pikiran Tentang Pertanggungjawaban Pidana*, cet. I. Jakarta: Ghalia Indonesia.
- _____. 1983. *Perbuatan Pidana dan Pertanggung jawaban Pidana; Dua Pengertian Dasar Dalam Hukum Pidana*. Jakarta: Aksara Baru.
- _____. 1994. *Masih Saja Tentang Kesalahan*. Jakarta: Karya Dunia Pikir.
- Sapardjaja, Komariah E. 2002. *Ajaran Melawan Hukum Materiel Dalam hukum Pidana Indonesia; Studi Tentang Penerapan dan perkembangannya dalam Yurisprudensi*. Bandung: Alumni.
- Schaffmeister, D. Nico Keijzer dan E. PH. Sutorius. 1995. *Hukum Pidana*. Yogyakarta: Liberty.
- Schreuder. 1951. *Het Wetboek van Straafrecht*. A.W. Sijthoff Uitgevers Maatschaapij NV. Leiden.
- Sianturi, S.R. 1986. *Asas-Asas Hukum Pidana di Indonesia dan Penerapannya*. Jakarta: Alumni AHAEM-PETAHAEM.
- Simons. 1992. *Kitab Pelajaran Hukum Pidana (Leerboek van Het Nederlanches Strafrecht)*, terjemahan P.A.F. Lamintang. Bandung: Pionir.
- Soesilo, R. 1960. *KUHP Serta Komentaris-Komentarnya Lengkap Pasal Demi Pasal*. Bogor: Politeia.
- Sudarto, R. 1990. *Hukum Pidana I*, Semarang: Yayasan Sudarto Fakultas Hukum Undip Semarang.
- Sutorius, E.Ph. 1987. "Het Schuldbeginsel/Opzet en de Varianten Daarvan", Alih Bahasa Wonosutanto. Bahan Penataran Hukum Pidana Angkatan I, Semarang, FH-UNDIP.
- Syamsu, M. Ainul. 2014. *Pergeseran Turut Serta Melakukan Dalam Ajaran Penyertaan*. Jakarta: Prenadamedia Group.
- Tongat. 2008. *Dasar-Dasar Hukum Pidana Indonesia dalam Perspektif Pembaruan*. Malang: UMM Press.
- Utrecht. *Ringkasan Sari Kuliah Hukum Pidana II*. Surabaya: Pustaka Tinta Mas.
- Van Hattum, W.F.C. 1953. *Hand en Leerboek Van Het Nederlandse Strafrecht I*, Gravenhage: S. Gouda Quint D.Brouwer en Zoon Arnhem, Martinous Nijhoff.

- Von Beling, Ernest Ludwig. 1906. *Lehre vom Verbrechen*. Tübingen: JCB Mohr.
- Vos, H.B. 1950. *Leerboek Van Nederlands Strafrecht, Derde Herziene Druk*, dikutip oleh H.D. Tjeenk Willink & Zoon. Haarlem: N.V.
- Widnyana, I Made. 2010. *Asas-Asas Hukum Pidana*. Jakarta: Fikahati Aneska.
- Wignjosubroto, Soetandyo. 1994. *Dari Hukum Kolonial Ke Hukum Nasional; Dinamika Sosial-Politik dalam Perkembangan Hukum di Indonesia*. Jakarta: Raja Grafindo Persada.
- William, Glanville. 1961. *Criminal Law: General Part*. London: Stevens & Sons.

Jurnal dan Makalah:

- Dan-Cohen, Meir. "Decision Rules and Conduct Rules: on Accoustic Separation in Criminal Law". *Harvard Law Review*, vol. 97, 1984.
- Eser, Albin. "Justification and Excuses". *The American Journal of Comparative Law*, vol. 24, 1976.
- Finn, Cynthia H. "The Responsible Corporate Officer, Criminal Liability, and Mens Rea: Limitation on the RCO Doctrine". *The American University Law Review*, vol. 46, 1996.
- Hanafi. "Reformasi Sistem Pertanggungjawaban Pidana". *Jurnal Hukum*, vol. 6, No. 11, 1999.
- Kartanegara, Satochid. "Hukum Pidana, Kumpulan Kuliah dan Pendapat-pendapat Para Ahli Hukum Pidana, Bagian Satu". *Balai Lektur Mahasiswa*.
- Moeljatno. "Perbuatan Pidana dan Pertanggungjawaban Dalam Hukum Pidana". (Pidato Ilmiah dalam Dies Natalis Universitas Gajah Mada, pada tanggal 19 Desember 1955).
- (Online), tersedia di <http://firmanhakimo3.blogspot.com/2016/09/rangkuman-keterangan-ahlipidana-prof-26-html> (7 Oktober 2017).
- Robinson, Paul H, "A Functional Analysis of Criminal Law". *New York University Law Review*, vol. 876-884, 1994.
- Robinson, Paul H, "Structuring Criminal Code to Perform Their Function". *Buffalo Criminal Law Review*, vol. 5, 2000.
- Robinson, Paul H. "Rules of Conduct and Principle of Adjudication". *University of Chicago Law Review*, vol. 57, 1990.
- Sutorius, E.Ph. "Het Schuldbeginself/Opzet en de Varianten Daarvan", Alih Bahasa Wonosutanto, (Bahan Penataran Hukum Pidana Angkatan I, Semarang, FH-UNDIP, 6 - 28 Agustus 1987).
- Uraian lengkap mengenai kategori disabilitas, jenis, kendala dan hambatan khusus, baca "Peradilan yang Fair bagi Penyandang Disabilitas", Pusham UII, Yogyakarta, 2014.

Peraturan Perundang-undangan dan Putusan Pengadilan:

Kitab Undang-undang Hukum Acara Pidana (KUHAP).

Kitab Undang-undang Hukum Pidana (KUHP).

Putusan Mahkamah Agung tanggal 27 Maret 1972 Nomor K/Kr/1970.

Putusan Nomor 42/K/Kr/1965 tanggal 8 Januari 1966.

Putusan Nomor 72/K/Kr/1970 tanggal 27 Mei 1972.

Tim Penyusun. 2018. "Naskah Rancangan Kitab Undang-undang Hukum Pidana Hasil Pembahasan Panitia Kerja RKUHP-DPR RI". Jakarta: BPHN & Menkumham.

Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan.

PROFIL PENULIS



Lukman Hakim yang lahir di Jakarta, 19 Juni 1976, adalah alumnus Fakultas Hukum Universitas Muhammadiyah Jakarta dengan predikat lulusan terbaik ke-2 (1998), kemudian melanjutkan S-2 di Fakultas Hukum Universitas Indonesia (2002), dan S-3 di Fakultas Hukum Trisakti (2019), keduanya dengan predikat *cum laude*.

Selain sebagai dosen tetap di FH Universitas Bhayangkara Jakarta sejak 2011, Lukman Hakim juga berprofesi sebagai Advokat & Konsultan HaKI di Hakim & Partners, dan Muhajir Sodruddin & Partners.

Lukman Hakim juga aktif sebagai pembicara dalam berbagai diskusi publik dan seminar tentang hukum pidana dan hukum ekonomi, serta seringkali diminta untuk memberikan keterangan sebagai Ahli, baik dalam tingkat penyidikan maupun dalam proses pemeriksaan perkara di Pengadilan.

Suami dari dr. Hj. Septy Zahrawi Kirana dan ayah dari Zahra Nafika Hakim, Ghifari Khalifa Hakim dan Muhammad Haidar Hakim ini juga aktif di beberapa organisasi, antara lain: Wakil Ketua Umum Ikatan Alumni Fakultas Hukum (IKALUM) FH-UMJ, Perhimpunan Advokat Indonesia (PERADI), Asosiasi Kekayaan Hak Intelektual Indonesia (AKHKI), Lembaga Pemberdayaan Hukum Indonesia (LPHI) dan Kabid Keorganisasian di Masyarakat Hukum Pidana dan Kriminologi Indonesia (MAHUPIKI) DKI Jakarta.

Adapun tulisan-tulisan dari Lukman Hakim yang telah terpublikasi, baik dalam bentuk penelitian, pengabdian kepada masyarakat, jurnal dan buku, antara lain:

- Penelitian dan Pengabdian Kepada Masyarakat:
 1. Tindak Pidana Perdagangan Orang (*Human Trafficking*) dalam Perspektif Kriminologi dan Hukum Acara Pidana (2017);
 2. “*Human Trafficking in Indonesia: A Trend Analysis*”. A Collaborative Research of University of Mindanao-College of Criminal Justice Education and Fakultas Hukum Universitas Bhayangkara Jakarta Raya (2018);
 3. Mekanisme Pengajuan Hak Restitusi Bagi Korban Tindak Pidana Perdagangan Orang di Desa Kopo, Jawa Barat (2017);
 4. Pemahaman Siswa SMA tentang *Cyberbullying* dalam Perspektif Hukum Pidana di SMAN 46 Jakarta (2019).

- Jurnal:
 1. Mekanisme Pengajuan Hak Restitusi bagi Korban Tindak Pidana Perdagangan Orang di Jurnal Hukum “SASANA” (2017);
 2. Analisis Kritis Terhadap Kebijakan Pemerintahan Jokowi-JK di Bidang Penegakan Hukum Menurut Teori Friedman di Jurnal Hukum “SASANA” (2017);
 3. Implementasi Teori Dualistis Hukum Pidana di dalam Rancangan Kitab Undang-undang Hukum Pidana di Jurnal Analisa Fenomena Hukum “KRTHA BHAYANGKARA” (2019);
 4. Analisis Ketidakefektifan Prosedur Penyelesaian Hak Restitusi bagi Korban Tindak Pidana Perdagangan Manusia (*Trafficking*) di Jurnal ABDIMAS UBJ (2019);
 5. *The Concept of Rechterlijk Pardon As A Critique On The Effectiveness of Improsenment in Indonesia* di South East Asia Journal of Business Economics and Law (SEAJBEL) (Index: Google Scholar) (2019);
 6. *Critical Analysis of Overcriminalization Symptoms of Defamation Through Electronic Media* di STUDIA HUMANITATIS (Index: DOAJ, Copernicus) (2019).
- Buku:
 1. Tindak Pidana Dalam Bisnis Asuransi, Penerbit LPHI (2006);
 2. Penerapan Konsep Pemaafan Hakim (*Rechterlijk Pardon*) dalam Sistem Peradilan Pidana di Indonesia: Optimalisasi Teori Dualistis dalam Sistem Pemidanaan, Penerbit Graha Ilmu (2020);
 3. Monograf: Penerapan Konsep “*Plea Bargaining*” dalam Rancangan Kitab Undang-undang Hukum Acara Pidana (RKUHAP) dan Manfaatnya bagi Sistem Peradilan Pidana di Indonesia, Penerbit Deepublish (2020);
 4. Buku Referensi: Penerapan dan Implementasi “Tujuan Pemidanaan” dalam Rancangan Kitab Undang-undang Hukum Pidana (RKUHP), Penerbit Deepublish (2020).

Buku Ajar_Asas-Asas Hukum Pidana

by Hakim Lukman

Submission date: 29-Jul-2020 10:09AM (UTC+0530)

Submission ID: 1363502650

File name: Buku_Ajar_Asas-Asas_Hukum_Pidana.pdf (2.1M)

Word count: 40114

Character count: 258760

Dr. Lukman Hakim, S.H., M.H.



ASAS-ASAS HUKUM PIDANA

B u k u A j a r B a g i M a h a s i s w a

Dr. Lukman Hakim, S.H., M.H.



Lahir di Jakarta, 19 Juni 1976. Merupakan alumni Fakultas Hukum Universitas Muhammadiyah Jakarta dengan predikat lulusan terbaik ke-2 (1998). Kemudian melanjutkan S-2 di Fakultas Hukum Universitas Indonesia (2002) dan S-3 di Fakultas Hukum Trisakti (2019), keduanya dengan predikat *cum laude*.

Selain sebagai dosen tetap di Fakultas Hukum Universitas Bhayangkara Jakarta sejak 2011, penulis juga berprofesi sebagai advokat dan konsultan HaKI di Hakim & Partners dan Muhajir Sodruddin & Partners sejak 2002.

Penulis juga aktif sebagai pembicara dalam berbagai diskusi publik dan seminar tentang hukum pidana dan hukum ekonomi, serta seringkali diminta untuk memberikan keterangan sebagai ahli, baik dalam tingkat penyidikan maupun dalam proses pemeriksaan perkara di pengadilan.

Suami dari dr. Hj. Septy Zahrawi Kirana dan ayah dari Zahra Nafika Hakim, Ghifari Khalifa Hakim dan Muhammad Haidar Hakim merupakan mantan Ketua Senat Mahasiswa Fakultas Hukum Universitas Muhammadiyah Jakarta dan Wakil Dekan 1 Fakultas Hukum Universitas Bhayangkara Jakarta ini juga aktif di beberapa organisasi, antara lain Wakil Ketua Umum IKALUM (Ikatan Alumni Fakultas Hukum) Fakultas Hukum Universitas Muhammadiyah Jakarta, Peradi (Perhimpunan Advokat Indonesia), AKHKI (Asosiasi Kekayaan Hak Intelektual Indonesia) dan Kabid Keorganisasian di Mahupiki (Masyarakat Hukum Pidana dan Kriminologi Indonesia) DKI Jakarta.

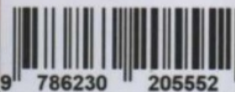
ASAS-ASAS HUKUM PIDANA



Penerbit Deepublish (CV BUDI UTAMA)
Jl. Rajawali, Gang Elang 6 No.3, Drono, Sardonoharjo, Ngaglik, Sleman
Jl. Kaliurang Km 9,3 Yogyakarta 55581
Telp/Fax : (0274) 4533427
Anggota IKAPI (076/DIY/2012)
cs@deepublish.co.id @penerbitbuku_deepublish
Penerbit Deepublish www.penerbitbukudeepublish.com

Kategori : Hukum Pidana

ISBN 978-623-02-0555-2



9 786230 205552

ASAS-ASAS HUKUM PIDANA BUKU AJAR BAGI MAHASISWA

Lukman Hakim

Desain Cover :
Ali Hasan Zein

Sumber :
<https://pixabay.com>

Tata Letak :
Amira Dzatin Nabila

Proofreader :
Avinda Yuda Wati

Ukuran :
x, 120 hlm, Uk: 20x29 cm

ISBN :
978-623-02-0555-2

Cetakan Pertama :
Januari 2020

Hak Cipta 2020, Pada Penulis

Isi diluar tanggung jawab percetakan

Copyright © 2020 by Deepublish Publisher
All Right Reserved

Hak cipta dilindungi undang-undang
Dilarang keras menerjemahkan, memfotokopi, atau
memperbanyak sebagian atau seluruh isi buku ini
tanpa izin tertulis dari Penerbit.

PENERBIT DEEPUBLISH
(Grup Penerbitan CV BUDI UTAMA)
Anggota IKAPI (076/DIY/2012)

Jl.Rajawali, G. Elang 6, No 3, Drono, Sardonoharjo, Ngaglik, Sleman
Jl.Kaliurang Km.9,3 – Yogyakarta 55581
Telp/Faks: (0274) 4533427
Website: www.deepublish.co.id
www.penerbitdeepublish.com
E-mail: cs@deepublish.co.id

ASAS-ASAS HUKUM PIDANA

Buku Ajar bagi Mahasiswa

UU No 28 tahun 2014 tentang Hak Cipta

Fungsi dan sifat hak cipta Pasal 4

Hak Cipta sebagaimana dimaksud dalam Pasal 3 huruf a merupakan hak eksklusif yang terdiri atas hak moral dan hak ekonomi.

Pembatasan Pelindungan Pasal 26

Ketentuan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 23, Pasal 24, dan Pasal 25 tidak berlaku terhadap:

- i. penggunaan kutipan singkat Ciptaan dan/atau produk Hak Terkait untuk pelaporan peristiwa aktual yang ditujukan hanya untuk keperluan penyediaan informasi aktual;
- ii. Penggandaan Ciptaan dan/atau produk Hak Terkait hanya untuk kepentingan penelitian ilmu pengetahuan;
- iii. Penggandaan Ciptaan dan/atau produk Hak Terkait hanya untuk keperluan pengajaran, kecuali pertunjukan dan Fonogram yang telah dilakukan Pengumuman sebagai bahan ajar; dan
- iv. penggunaan untuk kepentingan pendidikan dan pengembangan ilmu pengetahuan yang memungkinkan suatu Ciptaan dan/atau produk Hak Terkait dapat digunakan tanpa izin Pelaku Pertunjukan, Produser Fonogram, atau Lembaga Penyiaran.

Sanksi Pelanggaran Pasal 113

1. Setiap Orang yang dengan tanpa hak melakukan pelanggaran hak ekonomi sebagaimana dimaksud dalam **Pasal 9 ayat (1) huruf i untuk Penggunaan Secara Komersial dipidana dengan pidana penjara paling lama 1 (satu) tahun dan/atau pidana denda paling banyak Rp100.000.000 (seratus juta rupiah).**
2. Setiap Orang yang dengan tanpa hak dan/atau tanpa izin Pencipta atau pemegang Hak Cipta melakukan pelanggaran hak ekonomi Pencipta sebagaimana dimaksud dalam Pasal 9 ayat (1) huruf c, huruf d, huruf f, dan/atau huruf h untuk Penggunaan Secara Komersial dipidana dengan pidana penjara paling lama 3 (tiga) tahun dan/atau pidana denda paling banyak Rp500.000.000,00 (lima ratus juta rupiah).

Dr. Lukman Hakim, S.H., M.H.

ASAS-ASAS HUKUM PIDANA

Buku Ajar bagi Mahasiswa



Lukman Hakim

Desain Cover :
Ali Hasan Zein

Sumber :
<https://pixabay.com>

Tata Letak :
Amira Dzatin Nabila

Proofreader :
Avinda Yuda Wati

Ukuran :
x, 120 hlm, Uk: 20x29 cm

ISBN :
No ISBN

Cetakan Pertama :
Bulan 2019

Hak Cipta 2019, Pada Penulis

Isi diluar tanggung jawab percetakan

Copyright © 2019 by Deepublish Publisher
All Right Reserved

Hak cipta dilindungi undang-undang
Dilarang keras menerjemahkan, memfotokopi, atau
memperbanyak sebagian atau seluruh isi buku ini
tanpa izin tertulis dari Penerbit.

PENERBIT DEEPUBLISH
(Grup Penerbitan CV BUDI UTAMA)
Anggota IKAPI (076/DIY/2012)

Jl.Rajawali, G. Elang 6, No 3, Drono, Sardonoharjo, Ngaglik, Sleman
Jl.Kaliurang Km.9,3 – Yogyakarta 55581
Telp/Faks: (0274) 4533427
Website: www.deepublish.co.id
www.penerbitdeepublish.com
E-mail: cs@deepublish.co.id

KATA PENGANTAR

Puji dan syukur yang teramat dalam, penulis panjatkan kepada Allah yang Maha Pengasih dan Maha Penyayang, yang telah melimpahkan karunia, rahmat, nikmat dan keluasan ilmu-Nya, sehingga pada akhirnya penulis dapat menyelesaikan buku ajar yang berjudul *ASAS-ASAS HUKUM PIDANA*. Buku ini merupakan hasil pemikiran para ahli hukum pidana serta didasarkan juga pada pengalaman penulis sebagai Dosen Tetap sejak tahun 2011 di Fakultas Hukum Universitas Bhayangkara Jakarta Raya dengan mata kuliah yang diampu: Asas-asas Hukum Pidana, selain juga penulis menjadi dosen untuk mata kuliah lain, seperti Hukum Acara Pidana, Pidana dan Pemidanaan, Tindak Pidana Korupsi, dan Hapusnya Hak Menuntut. Diharapkan buku ini bermanfaat khususnya bagi para mahasiswa fakultas hukum, serta umumnya bagi para pembaca yang meminati Ilmu Hukum Pidana.

Buku ini terdiri dari 8 (delapan) bab, berisi sebagai berikut: Bab I tentang Hukum Pidana dan Tindak Pidana, Bab II tentang Asas-asas dalam Hukum Pidana, Bab III tentang Kesalahan, Pertanggungjawaban Pidana dan Sifat Melawan Hukum, Bab IV tentang Percobaan (*Poging*), Bab V tentang Penyertaan (*Deelneming*), Bab VI tentang Pembantuan (*Medeplechtige*), Bab VII tentang Perbarengan Tindak Pidana (*Concursus/Samenloop*), dan Bab VIII tentang Pengulangan Tindak Pidana (*Recidive*). Pembahasan mengenai Hapusnya Hak Menuntut dan Peniadaan Pidana yang dapat dimasukkan sebagai bagian materi bahasan mata kuliah Asas-asas Hukum Pidana, sengaja tidak dimasukkan penulis dalam buku ini dikarenakan pembahasan mengenai masalah ini akan dibahas penulis dalam buku tersendiri.

Dalam buku ini, penulis juga dalam beberapa bahasan menyinggung ketentuan yang terdapat dalam Rancangan Kitab Undang-undang Hukum Pidana (RKUHP) yang sebentar lagi akan diundangkan, sehingga buku ini tidak akan kehilangan orientasinya manakala RKUHP tersebut berlaku.

Penulis menyadari sepenuhnya akan keterbatasan bekal ilmu yang dimiliki ketika menyusun buku ini. Oleh karena itu, dalam kesempatan ini, perkenankan penulis menyampaikan terima kasih dan penghargaan yang tak terhingga dalam pengantar ini.

Pertama, terima kasih yang besar kepada *civitas* akademika Universitas Bhayangkara Jakarta Raya dengan Pimpinan Rektor Dr. Drs. Bambang Karsono, S.H., M.M. {Inspektur Jenderal Polisi (Purn)}, yang masih memberikan kesempatan bagi penulis untuk menggali dan mendarmabaktikan ilmu selama ini.

Kedua, penulis menyampaikan terima kasih dan penghargaan yang tinggi kepada yang mulia, ayahanda dan ibunda penulis, Almarhum Mukri Ali dan Almarhumah Siti Juariyah, yang telah mengasuh, membimbing, mendidik penulis dengan penuh kasih sayang dan meletakkan dasar-dasar keimanan dan pendidikan, sehingga penulis sampai pada saat ini.

Ketiga, penulis menyampaikan terima kasih dan penghargaan yang tinggi kepada yang mulia, kakek dan nenek penulis, Almarhum KH. Abdillah Amien dan Almarhumah Hj. Yumenin Abdillah, juga *encing-encing* dari penulis, terutama H. Diedy Faried Wadjdy, S.H., Hj. Ida Farida, S.Ag dan Dra. Hj. Lily Solehah, yang telah mengasuh, membimbing, dan mendidik penulis dengan penuh kasih sayang dan meletakkan dasar-dasar keimanan dan pendidikan, sehingga penulis sampai pada saat ini.

Keempat, terima kasih yang tulus untuk yang terkasih istri penulis, dr. Hj. Septy Zahrawi Kirana, yang senantiasa berdoa dan memberikan motivasi serta semangat, sehingga penulis mendapatkan kenyamanan guna menyelesaikan buku ini. Terima kasih juga untuk anak-anakku tercinta, Zahra Nafika Hakim, Ghifari Khalifa Hakim, Muhammad Haidar Hakim, yang selalu menjadi sumber inspirasi dan energi bagi penulis.

Kelima, terima kasih yang tulus untuk para “guru” dari penulis, Dr. Chairul Huda, S.H., M.H., dan A. Muhajir Sodruddin, S.H., M.H., serta sahabat dari penulis Dr. Achmad Cholidin, S.H., M.H.; Dr. Septa Chandra, S.H., M.H.; M. Ainul Syamsu, S.H., M.H.; dan Anggreany Haryani Putri, S.H., M.H., yang banyak memberikan masukan dan saran kepada penulis selama ini.

Keenam, penulis menyampaikan terima kasih yang besar kepada Yayasan Annajah (Darunnajah) dan PT. Tifico Foundation yang telah memberikan bantuan dana dan beasiswa sejak penulis menginjak bangku sekolah sampai dengan saat ini.

Akhirnya, penulis juga menyampaikan terima kasih yang besar kepada Penerbit Deepublish yang telah membantu untuk menerbitkan buku ini.

Jakarta, November 2019

Dr. Lukman Hakim, S.H., M.H.

MOTTO

“Sesungguhnya beserta kesulitan itu ada kemudahan. Maka apabila engkau telah selesai (dari suatu urusan), tetaplah bekerja keras (untuk urusan yang lain). Dan hanya kepada Tuhanmulah engkau berharap”
(Al-Quran Surat Al-Insyirah (95): 6-8)

“Barangsiapa menempuh suatu cara yang memudahkan orang untuk memperoleh ilmu, Allah akan memudahkan baginya jalan masuk surga”
(Hadis Riwayat Muslim)

DAFTAR ISI

KATA PENGANTAR	v
MOTTO.....	vii
DAFTAR ISI.....	viii
I. HUKUM PIDANA DAN TINDAK PIDANA	1
A. Tentang Hukum Pidana.....	1
A.1. Pengertian Hukum Pidana	1
A.2. Ruang Lingkup Hukum Pidana	2
B. Tentang Tindak Pidana.....	3
B.1. Pengertian Tindak Pidana	3
B.2. Penggolongan Tindak Pidana.....	10
B.3. Jenis-Jenis Tindak Pidana	11
B.4. Model Lain Rumusan Tindak Pidana.....	13
B.5. Pengategorian Tindak Pidana	16
II. ASAS-ASAS DALAM HUKUM PIDANA	17
A. Asas Legalitas	17
B. Asas Tiada Pidana Tanpa Kesalahan	20
C. Asas Tidak Berlaku Surut.....	31
D. Asas Larangan Penggunaan Analogi.	32
III. KESALAHAN, PERTANGGUNGJAWABAN PIDANA DAN SIFAT MELAWAN HUKUM	35
A. Pengertian Kesalahan dan Pertanggungjawaban Pidana	35
B. Sifat Melawan Hukum	52
IV. PERCOBAAN (<i>POGING</i>).....	59
A. Latar Belakang Adanya Percobaan.....	59
B. Dasar Hukum	59
C. Teori-Teori Mengenai Percobaan.....	69
C.1. Percobaan yang Tidak Wajar (<i>Ondeugdelijke Poging</i>)	69
C.2. Percobaan Dikualifisir, Sempurna Selesai, dan Tercegat	71
C.3. Percobaan Terhadap Makar dan Mufakat Jahat.....	72

V.	PENYERTAAN (<i>DEELNEMING</i>)	74
A.	Dasar Hukum.....	74
B.	Pengertian Penyertaan	75
C.	Bentuk Penyertaan dan Pertanggungjawaban Pidana dalam Penyertaan	77
C.1.	Mereka yang Melakukan Sendiri Suatu Perbuatan Pidana (<i>Plegen</i>).....	79
C.2.	Mereka yang Menyuruh Orang Lain untuk Melakukan Suatu Perbuatan Pidana (<i>Doen Plegen</i>).....	79
C.3.	Mereka yang Bersama-Sama Melakukan Suatu Perbuatan Pidana (<i>Mede Plegen</i>)	85
D.	Penganjuran/Penggerakan (<i>Uitlokking</i>).....	88
VI.	PEMBANTUAN (<i>MEDEPLECHTIGE</i>).....	95
A.	Pengertian Pembantuan (<i>Medeplechtige</i>)	95
B.	Pertanggungjawaban Pembantu Menurut Hukum Pidana	96
C.	Pembantuan Sebagai Delik yang Berdiri Sendiri	96
VII.	PERBARENGAN TINDAK PIDANA (<i>CONCURSUS/ SAMENLOOP</i>)	98
A.	Dasar Hukum.....	98
B.	Pengertian <i>Concursus/Samenloop</i> (Penggabungan/ Perbarengan)	98
VIII.	PENGULANGAN TINDAK PIDANA (<i>RECIDIVE</i>)	109
A.	Pengertian Pengulangan Tindak Pidana (<i>Recidive</i>)	109
B.	Sistem <i>Recidive</i>	110
	DAFTAR PUSTAKA	115
	PROFIL PENULIS	119

x

I.

HUKUM PIDANA DAN TINDAK PIDANA

A. Tentang Hukum Pidana

A.1. Pengertian Hukum Pidana

Mengenai pengertian hukum pidana secara umum, terdapat perbedaan dari para ahli hukum pidana di Indonesia. Namun sebagaimana ahli hukum pidana Roeslan Saleh¹ mengutip pendapat dari Moeljatno, maka penulis juga mengambil pendapat dari Moeljatno di samping pendapat beliau tentang definisi hukum pidana cukup mewakili dari pendapat-pendapat ahli hukum pidana yang lain. Moeljatno mengatakan bahwa Hukum Pidana adalah bagian dari keseluruhan hukum yang berlaku di suatu negara, yang mengadakan dasar-dasar dan aturan untuk:²

1. Menentukan perbuatan-perbuatan mana yang tidak boleh dilakukan, yang dilarang, dengan disertai ancaman atau sanksi yang berupa pidana tertentu bagi barang siapa melanggar larangan tersebut.
2. Menentukan kapan dan dalam hal-hal apa kepada mereka yang telah melanggar larangan-larangan itu dapat dikenakan atau dijatuhi pidana sebagaimana yang telah diancamkan.
3. Menentukan dengan cara bagaimana pengenaan pidana itu dapat dilaksanakan apabila ada orang yang disangka telah melanggar larangan tersebut.

Terkait perbuatan-perbuatan yang tidak boleh dilakukan, dengan disertai ancaman atau sanksi yang berupa pidana tertentu bagi barang siapa melanggar larangan tersebut, untuk singkatnya kita namakan perbuatan pidana atau delik. Tegasnya: mereka merugikan masyarakat, dalam arti bertentangan dengan atau menghambat akan terlaksananya tata dalam pergaulan masyarakat yang baik dan adil.³

Untuk menentukan perbuatan mana yang dipandang sebagai perbuatan pidana, kita menganut asas yang dinamakan asas legalitas (*pinciple of legality*),

¹ Roeslan Saleh. *Perbuatan Pidana dan Pertanggung jawaban Pidana; Dua Pengertian Dasar Dalam Hukum Pidana* (Jakarta: Aksara Baru, 1983), hlm. 13.

² Moeljatno. *Asas-asas Hukum Pidana*, cet. IX, (Jakarta: Rineka Cipta, 2015), hlm. 1.

³ *Ibid.*

yakni asas yang menentukan bahwa tiap-tiap perbuatan pidana harus ditentukan sebagai demikian oleh aturan undang-undang (Pasal 1 ayat (1) KUHP).⁴

Jika ketiga bagian di atas diklasifikasikan secara sistematis, maka akan terbagi kedalam dua bagian utama. *Pertama*, mengenai perbuatan pidana (*criminal act*) dan mengenai pertanggungjawaban pidana (*criminal liability* atau *criminal responsibility*), disebut juga dengan hukum pidana materiel. *Kedua*, mengenai bagaimana cara atau prosedurnya untuk menuntut ke muka pengadilan orang-orang yang disangka melakukan perbuatan pidana dan atasnya dapat dipidana atau tidak dapat dipidana, dinamakan hukum pidana formal.

A.2. Ruang Lingkup Hukum Pidana

Ruang Lingkup Hukum Pidana sebagaimana yang terdapat di dalam KUHP sebagai ketentuan yang bersifat umum (*lex generalis*), meliputi tempat terjadinya delik (*Locus Delicti*) dan waktu terjadinya delik (*Tempus Delicti*).

Tempat terjadinya perbuatan pidana (*Locus Delicti*), dalam lingkup untuk:

1. Menentukan apakah hukum pidana Indonesia berlaku terhadap perbuatan pidana tersebut atau tidak. (Pasal 2-8 KUHP);
2. Menentukan pengadilan mana yang harus mengurus perkaranya. Hal ini berhubungan dengan kompetensi relatif.

Adapun mengenai *Locus Delicti*, dikenal tiga teori, yaitu:

1. Teori perbuatan materiil (*leer van de lichhamelijke daad*). Menurut teori ini maka yang menjadi *locus delicti* ialah tempat di mana pembuat melakukan segala perbuatan yang kemudian dapat mengakibatkan delik yang bersangkutan.
2. Teori alat yang dipergunakan (*leer van het instrument*), yang mengatakan bahwa delik dilakukan ditempat di mana alat yang dipergunakan itu menyelesaikannya, dengan lain perkataan yang menjadi *locus delicti* ialah tempat di mana ada "*uitwerking*" alat yang dipergunakan.
3. Teori akibat (*leer van het gevolg*). Menurut teori ini yang menjadi *locus delicti* ialah tempat akibat dari perbuatan itu terjadi.⁵

Adapun Moeljatno, mengatakan bahwa teori tentang *Locus Delicti* ada dua aliran, yaitu:

1. Aliran yang menentukan di satu tempat, yaitu tempat di mana terdakwa berbuat.
2. Aliran yang menentukan di beberapa tempat, yaitu mungkin tempat kelakuan, dan mungkin pula tempat akibat.⁶

⁴ *Ibid*, hlm. 5.

⁵ R. Soesilo. *KUHP Serta Komentar-komentarnya Lengkap Pasal Demi Pasal* (Bogor: Politeia, 1960), hlm. 22-23.

⁶ Moeljatno, *Op. Cit.*, hlm. 86.

Adapun terkait mengenai waktu terjadinya delik (*tempus delicti*), adalah berhubungan dengan:

1. Pasal 1 KUHP: Apakah perbuatan yang bersangkutan-paut pada waktu itu sudah dilarang dan diancam dengan pidana?
2. Pasal 44 KUHP: Apakah terdakwa ketika itu mampu bertanggungjawab?
3. Pasal 45 KUHP: Apakah terdakwa ketika melakukan perbuatan sudah berumur 16 tahun atau belum. Kalau belum berumur 16 tahun, maka boleh memilih antara ketiga kemungkinan:
 - a. Mengembalikan anak tersebut kepada orang tuanya tanpa diberi pidana apapun;
 - b. Menyerahkan anak tersebut kepada pemerintah untuk dimasukkan rumah pendidikan;
 - c. Menjatuhkan pidana seperti orang dewasa. Maksimum dari pada pidana-pidana pokok dikurangi 1/3 (lihat Pasal 47 KUHP).
4. Pasal 79 KUHP (*verjaring* atau *daluwarsa*). Dihitung mulai hari setelah perbuatan pidana terjadi.
5. Pasal 1 angka 19 KUHP, ketentuan mengenai “tertangkap tangan” (*op heterdaad*), yaitu: tertangkapnya seorang pada waktu sedang melakukan tindak pidana, atau dengan segera sesudah beberapa saat tindak pidana itu dilakukan, atau sesaat kemudian diserukan oleh khalayak ramai sebagai orang melakukannya, atau apabila sesaat kemudian padanya ditemukan benda yang diduga keras telah dipergunakan untuk melakukan tindak pidana itu yang menunjukkan bahwa ia adalah pelakunya atau turut melakukan atau membantu melakukan tindak pidana.

B. Tentang Tindak Pidana

B.1. Pengertian Tindak Pidana

Dalam peraturan perundang-undangan Indonesia tidak ditemukan definisi tindak pidana. Pengertian tindak pidana yang dipahami selama ini merupakan kreasi teoritis para ahli hukum. Para ahli hukum pidana umumnya masih memasukkan kesalahan sebagai bagian dari pengertian tindak pidana.⁷

Oleh karena berdasarkan asas konkordansi, sistem hukum pidana Indonesia mengadopsi hukum pidana dari Belanda, maka istilah asal dari “tindak pidana” berasal dari kata “*strafbaar feit*”. “*Strafbaar feit*” adalah istilah Belanda yang dalam bahasa Indonesia diterjemahkan dengan berbagai istilah. Selanjutnya, muncullah beberapa pandangan yang bervariasi dalam bahasa Indonesia sebagai padanan dari istilah “*strafbaar feit*” tersebut, seperti: “perbuatan pidana”, “peristiwa pidana”,

⁷ Chairul Huda. *Dari Tiada Pidana Tanpa Kesalahan Menuju Kepada Tiada Pertanggungjawaban Pidana Tanpa Kesalahan, Tinjauan Kritis Terhadap Teori Pemisahan Tindak Pidana dan Pertanggungjawaban Pidana* cet. Ke-4 (Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2011), hlm. 26.

“tindak pidana”, “perbuatan yang dapat dihukum” dan lain sebagainya. Bahkan di dalam berbagai peraturan perundang-undangan itu sendiri dipergunakan istilah yang tidak sama, seperti:

1. Undang-undang Dasar Sementara 1950 di dalam Pasal 14 ayat (i) menggunakan istilah “peristiwa pidana”.
2. Undang-undang No.1/drt/1951 tentang Tindakan Sementara Untuk Menyelenggarakan Kesatuan Susunan, Kekuasaan dan Acara Pengadilan-pengadilan Sipil, di dalam Pasal 5 ayat (3b), memakai istilah “perbuatan pidana”.
3. Undang-undang Darurat No.2 tahun 1951 tentang Perubahan *Ordonantie Tijdelijke Bijzondere Straf Bepalingen* Stb. 1958 No. 17, memakai istilah “perbuatan-perbuatan yang dapat dihukum”.
4. Undang-undang No 16/Drt/1951 tentang Penyelesaian Perselisihan Perburuhan, menggunakan istilah “hal yang diancam dengan hukum dan perbuatan-perbuatan yang dapat dikenakan hukuman”.
5. Undang-undang No.7/Drt/1953 tentang Pemilihan Umum, menggunakan istilah “tindak pidana”.
6. Undang-undang No 7/Drt/1955 tentang Pengusutan, Penuntutan dan Peradilan Tindak pidana Ekonomi, menggunakan istilah “tindak pidana”.
7. Undang-undang No. 8 tahun 1981 tentang KUHAP, menggunakan istilah “tindak pidana”.
8. Undang-undang Tindak Pidana Korupsi, sesuai dengan judulnya, menggunakan istilah “tindak pidana”.

Untuk menghindari perbedaan persepsi atas padanan dan istilah “*strafbaar feit*” yang sangat bervariasi dari penggunaan istilah yang berbeda tersebut, kiranya di masa yang akan datang perlu menggunakan istilah yang baku, paling tidak yang terdapat di dalam produk peraturan perundang-undangan. Dari beberapa contoh perundang-undangan tersebut di atas, dan juga istilah yang digunakan dalam Rancangan Kitab Undang-undang Hukum Pidana (RKUHP) yang akan datang, kiranya istilah “tindak pidana” merupakan istilah yang tepat untuk menggantikan istilah “*strafbaar feit*”, di samping sudah biasa dipergunakan dalam pergaulan masyarakat. Berikut pandangan beberapa ahli hukum pidana terkait istilah dari “*strafbaar feit*”:

Moeljatno mengatakan, “perbuatan pidana hanya menunjuk kepada sifat perbuatan saja, yaitu sifat dilarang dengan ancaman pidana kalau dilanggar.”⁸ Selanjutnya Moeljatno menyatakan,⁹ perumusan tindak pidana hanya memuat tiga hal, yaitu subjek delik yang dituju oleh norma hukum (*norm addressaat*), perbuatan

⁸ Moeljatno, *Asas-asas Hukum Pidana*, Op.Cit., hlm. 56-57.

⁹ Moeljatno, *Perbuatan Pidana dan Pertanggungjawaban dalam hukum Pidana* (Jakarta: PT Bina Aksara, 1983), hlm. 11.

yang dilarang (*strafbaar*), dan ancaman pidana (*strafmaat*). Ketiga hal ini merupakan masalah kriminalisasi yang termasuk dalam lingkup tindak pidana. Sebaliknya pertanggungjawaban pidana hanya mempersoalkan segi-segi subjektif dari pembuat tindak pidana. Dalam tahap ini, persoalan tidak lagi berkisar pada masalah perbuatan dan sifat melawan hukumnya, melainkan berkaitan dengan dalam keadaan bagaimanakah pembuat dapat dipertanggungjawabkan atas tindak pidana.

Sejalan dengan pandangan Moeljatno, menurut Roeslan Saleh,¹⁰ melakukan suatu tindak pidana, tidak selalu berarti pembuatnya bersalah atas hal itu. Untuk dapat mempertanggungjawabkan seseorang dalam hukum pidana diperlukan syarat-syarat untuk dapat mengenakan pidana terhadapnya, karena melakukan tindak pidana tersebut. Dengan demikian, selain telah melakukan tindak pidana, pertanggungjawaban pidana hanya dapat dituntut ketika tindak pidana dilakukan dengan 'kesalahan'. Dalam memaknai 'kesalahan', Roeslan Saleh menyatakan,¹¹ 'Kesalahan' adalah dapat dicelanya pembuat tindak pidana, karena dilihat dari segi masyarakat sebenarnya dia dapat berbuat lain jika tidak ingin melakukan perbuatan tersebut.

Sementara Moeljatno dengan meminjam pendapatnya dari Simons menyatakan, 'Kesalahan' adalah adanya keadaan psikis yang tertentu pada orang yang melakukan perbuatan pidana dan adanya hubungan antara keadaan tersebut dengan perbuatan yang dilakukan yang sedemikian rupa, hingga orang itu dapat dicela karena melakukan perbuatan tadi. Bahwa untuk adanya kesalahan harus dipikirkan dua hal di samping melakukan perbuatan pidana. Pertama: adanya keadaan psikis (batin) yang tertentu, dan Kedua: adanya hubungan yang tertentu antara keadaan batin tersebut dengan perbuatan yang dilakukan, hingga menimbulkan celaan tadi. Sungguh pun antara yang pertama dan yang kedua ada hubungan yang erat, bahkan adanya yang pertama merupakan dasar bagi adanya yang kedua atau yang kedua tergantung dari yang pertama, namun untuk jelasnya baiklah dalam teori dipisahkan yang satu dan yang lain.¹²

Menurut Barda Nawawi Arief,¹³ bahwa tindak pidana hanya membahas perbuatan secara objektif, sedangkan hal-hal yang bersifat subjektif terkait dengan sikap batin pembuat tindak pidana harus dikeluarkan dari pengertian tindak pidana, karena sikap batin pembuat termasuk dalam lingkup kesalahan dan pertanggungjawaban pidana yang menjadi dasar etik dapat dipidananya si pembuat. Pemisahan tindak pidana dan pertanggungjawaban pidana bertujuan untuk memberikan kedudukan seimbang dalam penjatuhan pidana berdasarkan prinsip

¹⁰ Roeslan Saleh, *Perbuatan Pidana dan Pertanggungjawaban...* Op.Cit. hlm. 89.

¹¹ *Ibid*, hlm. 77.

¹² Moeljatno, *Asas-asas Hukum Pidana*, Op.Cit., hlm. 171.

¹³ Barda Nawawi Arief. *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana* (Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 1996), hlm. 107. Menurut Barda Nawawi Arief, konsepsi ini digunakan dalam RKUHP.

daad en dader strafrecht yang memerhatikan keseimbangan monodualistik antara kepentingan individu dan masyarakat. Artinya, walaupun telah melakukan tindak pidana, tetapi pembuatnya tidak diliputi kesalahan, oleh karenanya tidak dapat dipertanggungjawabkan. Sifat perbuatan yang dilarang mengandung pengertian bahwa tindak pidana didasarkan pada asas legalitas sebagai dasar utama¹⁴ yang menempatkan perbuatan dengan ancaman sanksi sebagai perbuatan yang bersifat melawan hukum.

Dalam peraturan perundang-undangan Indonesia sendiri tidak ditemukan definisi tindak pidana. Pengertian tindak pidana yang dipahami selama ini merupakan pandangan teoretis para ahli hukum. Para ahli hukum pidana umumnya masih memasukkan kesalahan sebagai bagian dari pengertian tindak pidana, sekalipun juga ada yang memisahkannya.

Moeljatno¹⁵ mengatakan:

“Bahwa perbuatan pidana adalah perbuatan yang dilarang oleh suatu aturan hukum larangan mana disertai ancaman (sanksi) yang berupa pidana tertentu, bagi barang siapa yang melanggar larangan tersebut. Dapat juga dikatakan bahwa perbuatan pidana adalah perbuatan yang oleh suatu aturan hukum dilarang dan diancam pidana, asal saja dalam pada itu diingat bahwa larangan ditujukan kepada perbuatan (yaitu suatu keadaan atau kejadian yang ditimbulkan oleh kelakuan orang), sedangkan ancaman pidananya ditujukan kepada orang yang menimbulkan kejadian itu. Antara larangan dan ancaman pidana ada hubungan yang erat, oleh karena antara kejadian dan orang yang menimbulkan kejadian itu ada hubungan yang erat pula. Yang satu tidak dapat dipisahkan dari yang lain. Kejadian tidak dapat dilarang, jika yang menimbulkan bukan orang, dan orang tidak dapat diancam pidana, jika tidak karena kejadian yang ditimbulkan olehnya. Dan justru untuk menyatakan hubungan yang erat itu, maka dipakailah perkataan perbuatan, yaitu suatu pengertian abstrak yang menunjuk kepada dua keadaan konkret: pertama, adanya kejadian yang tertentu, dan kedua, adanya orang yang berbuat yang menimbulkan kejadian itu”.

Selanjutnya Moeljatno, menyamakan "perbuatan pidana" dengan istilah Inggris "*criminal act*", dengan alasan:¹⁶

1. Karena *criminal act* ini juga berarti kelakuan dan akibat, atau dengan lain perkataan: akibat dari suatu kelakuan, yang dilarang oleh hukum. Dalam *Kenny's Outlines of Criminal Law* 1952 tentang *criminal act* atau dalam bahasa Latin "*actus reus*" ini diterangkan sebagai berikut; "*actus reus may be defined as such result of human conduct as the law seeks (mencoba) to prevent It is important to note that the actus reus, which is the result of conduct, must be distinguished from the conduct which produced the result.*"

¹⁴ Roeslan Saleh, *Perbuatan Pidana dan Pertanggungjawaban Pidana... Op.Cit.*, hlm. 14.

¹⁵ Moeljatno, *Asas-Asas Hukum Pidana, Op.Cit.*, hlm. 59-60.

¹⁶ *Ibid*, hlm. 62-63.

2. Karena *criminal act* ini juga dipisahkan dari pertanggungjawaban pidana yang dinamakan *criminal liability* atau *responsibility*. Untuk adanya *criminal liability* (jadi untuk dapat dipidanya seseorang) selain daripada melakukan *criminal act* (perbuatan pidana) orang itu juga harus mempunyai kesalahan (*guilt*). Hal ini dinyatakan dalam kalimat Latin: "*Actus non facit reum, nisi mens sit rea*" (*an act does not make a person guilty, unless the mind is guilty*).

Simons menerangkan bahwa *strafbaar feit* adalah kelakuan (*handeling*) yang diancam dengan pidana, yang bersifat melawan hukum, yang 'berhubungan dengan kesalahan dan yang dilakukan oleh orang yang mampu bertanggung jawab'.¹⁷

Van Hamel merumuskan *strafbaarfeit* sebagai kelakuan orang (*menselijke gedraging*) yang dirumuskan dalam *wet*, yang bersifat melawan hukum, yang patut dipidana (*strafwaardig*) dan dilakukan dengan kesalahan.¹⁸

Schaffmeister mengatakan, perbuatan pidana adalah perbuatan manusia yang termasuk dalam ruang lingkup rumusan delik, bersifat melawan hukum, dan dapat dicela.¹⁹

Berbeda dengan Simons dan van Hamel, yang mengatakan bahwa perbuatan dalam *strafbaar feit* hanya terdiri dari kelakuan saja, Moeljatno menjelaskan bahwa perbuatan adalah kelakuan + kejadian yang ditimbulkan oleh kelakuan atau kelakuan + akibat dan bukan kelakuan saja. Berbeda dengan *strafbaar feit* yang mencakup pengertian perbuatan pidana dan kesalahan.²⁰

Jonkers dan Utrecht²¹ memandang rumusan Simons merupakan rumusan yang lengkap, yang meliputi:

1. Diancam dengan pidana oleh hukum,
2. Bertentangan dengan hukum,
3. Dilakukan oleh orang yang bersalah,
4. Orang itu dipandang bertanggung jawab atas perbuatannya.

Simons, Van Hamel, dan Vos, semuanya merumuskan delik (*strafbaar feit*) itu secara bulat, tidak memisahkan antara perbuatan dan akibatnya di satu pihak dan pertanggungjawaban di lain pihak.

A. Z. Abidin menyebut cara perumusan delik seperti ini sebagai aliran monistis tentang delik. Yang lain, yaitu yang memisahkan antara perbuatan dan akibatnya di satu pihak dan pertanggungjawaban di lain pihak sebagai aliran dualistis. Memang di Inggris dipisahkan antara perbuatan yang dilarang oleh

¹⁷ S.R. Sianturi. *Asas-Asas Hukum Pidana di Indonesia dan Penerapannya* (Jakarta: Alumni AHAEM-PETAHAEM, 1986), hlm. 205.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ D. Schaffmeister, Nico Keijzer dan E.P.H. Sutorius. *Hukum Pidana* (Yogyakarta: Liberty, 1995), hlm. 27.

²⁰ Moeljatno, *Asas-Asas Hukum Pidana, Op.Cit.*, hlm. 61.

²¹ J.E. Jonkers. *Handboek van het Ned Indische Strafrecht* (Leiden: E.J. Brill, 1946), hlm. 83.

undang-undang dan diancam pidana (*actus reus*) di satu pihak dan pertanggungjawaban (*mens rea*) di lain pihak.²²

Setelah berbicara mengenai tindak pidana, maka dalam pembahasan selanjutnya adalah mengenai pertanggungjawaban pidana. Jika berbicara tentang pertanggungjawaban pidana maka tidaklah dapat dilepaskan dari adanya unsur “kesalahan”, di mana hal ini berkenaan dengan suatu asas fundamental dalam mempertanggungjawabkan pelaku karena melakukan tindak pidana yaitu dengan asas tiada pidana tanpa kesalahan.

Menurut Simons yang dikutip oleh Roeslan Saleh,²³

“Bahwa “kesalahan” adalah keadaan *psychis* orang yang melakukan perbuatan dan hubungannya dengan perbuatan, yang dilakukan sedemikian rupa, sehingga orang itu dapat dicela karena perbuatan tersebut. Dalam hal ini yang harus diperhatikan adalah: (1) keadaan batin dari orang yang melakukan perbuatan itu; (2) hubungan antara keadaan batin itu dengan perbuatan yang dilakukan sedemikian rupa, sehingga orang itu dapat dicela karena perbuatan tadi. Kedua hal tersebut terjalin erat satu dengan yang lain dan merupakan hal yang dinamakan kesalahan”.

Senada dengan pendapat Simons, Sutorius²⁴ dalam tulisannya yang berjudul *Het Schuldbeginself/Opzet en de Varianten Daarvan*, mengatakan:

“Bahwa orang tidak dapat bicara tentang kesalahan tanpa adanya perbuatan tercela atau yang tidak patut. Karena itu di dalam asas tiada pidana tanpa kesalahan itu diartikan sebagai tiada pidana tanpa perbuatan tidak patut yang objektif yang dapat dicelakan kepada pelakunya. Kesalahan memandang hubungan antara perbuatan tidak patut dan pelakunya sedemikian rupa, sehingga perbuatan itu dalam arti yang sesungguhnya merupakan perbuatannya”.

Dalam hal ini, Roeslan Saleh berpendapat,²⁵

“Bahwa untuk menentukan adanya kemampuan bertanggungjawab itu ditentukan pertama-tama oleh akal, yaitu dapat atau mampu membedakan antara perbuatan yang diperbolehkan dan yang tidak diperbolehkan. Tetapi mengenai faktor kedua, yaitu faktor kehendak bukanlah merupakan faktor dalam menentukan mampu tidaknya orang bertanggungjawab”.

²² A.Z. Abidin. *Asas-Asas Hukum Pidana Bagian Pertama* (Bandung: Alumni, 1987), hlm. 248-249.

²³ Roeslan Saleh, *Perbuatan Pidana dan Pertanggungjawaban Pidana... Op.Cit.*, hlm. 78.

²⁴ E.Ph. Sutorius. “Het Schuldbeginself/Opzet en de Varianten Daarvan”, Alih Bahasa Wonosutanto (Bahan Penataran Hukum Pidana Angkatan I, Semarang, FH-UNDIP, 6-28 Agustus 1987), hlm. 2.

²⁵ Roeslan Saleh, *Perbuatan Pidana dan Pertanggungjawaban Pidana... Op.Cit.*, hlm. 80.

Dikatakan demikian, karena menurut Roeslan Saleh,²⁶

“Kehendak itu bergantung dan merupakan kelanjutan saja dari akal, yaitu bilamana akalnya sehat dan normal, artinya bilamana seorang itu mampu membedakan antara perbuatan yang diperbolehkan dan yang tidak diperbolehkan, maka oleh hukum diharuskanlah orang itu menentukan kehendaknya sesuai dengan yang diperbolehkan oleh hukum. Karenanya, maka faktor kehendak bukanlah merupakan faktor yang menentukan kemampuan bertanggungjawab, yaitu yang menentukan mampu atau tidaknya bertanggungjawab, melainkan hanya merupakan salah satu faktor yang ikut menentukan kesalahan, yaitu salah satu unsur dari kesalahan”.

Pembahasan lebih lanjut tentang pertanggungjawaban pidana ini menunjukkan adanya 2 (dua) pandangan utama, yaitu monistis dan dualistis. Pandangan yang monistis ini antara lain dikemukakan oleh Simmons yang merumuskan “tindak pidana sebagai suatu perbuatan hukum yang diancam dengan hukuman, bertentangan dengan hukum, dilakukan oleh seorang yang bersalah dan orang itu dianggap bertanggungjawab atas perbuatannya”. Menurut aliran monisme ini unsur-unsur perbuatan atau disebut unsur objektif, maupun unsur pembuat (subjektif). Dengan dicampurnya unsur perbuatan dan unsur pembuatnya, maka dapat dikatakan bahwa tindak pidana disatukan dengan syarat-syarat penjatuan pidana. Sehingga seolah-olah dianggap bahwa kalau terjadi tindak pidana, maka pelakunya pasti dapat dipidana.

Terkait tentang pertanggungjawaban pidana ini, Barda Nawawi Arief menyatakan:

“Bahwa untuk adanya pertanggungjawaban pidana, harus jelas terlebih dahulu siapa yang dapat dipertanggungjawabkan. Ini berarti harus dipastikan lebih dahulu siapa yang dinyatakan sebagai pembuat untuk suatu tindakan tertentu. Masalah ini menyangkut masalah subjek tindak pidana yang pada umumnya sudah dirumuskan oleh pembuat undang-undang untuk tindak pidana yang bersangkutan.

Namun dalam kenyataannya, untuk memastikan siapa pembuat adalah tidak mudah. Kemudian setelah pembuat ditetapkan, bagaimana selanjutnya mengenai pertanggungjawaban pidananya? Oleh karena permasalahan dalam menentukan pertanggungjawaban pidana ini merupakan segi lain dari subjek tindak pidana yang dapat dibedakan dari masalah si pembuat. Artinya pengertian subjek tindak pidana dapat meliputi dua hal, yaitu siapa yang melakukan tindak pidana (pembuat) dan siapa yang dapat dipertanggungjawabkan. Pada umumnya yang dapat dipertanggungjawabkan dalam hukum pidana adalah si pembuat, tapi tidaklah selalu demikian.

²⁶*Ibid.*

Masalah ini tergantung juga pada cara atau sistem perumusan pertanggungjawaban yang ditempuh oleh pembuat undang-undang”.²⁷

Adapun penjelasan lebih lanjut mengenai teori monistis dan dualistis, akan dibahas pada bab selanjutnya.

B.2. Penggolongan Tindak Pidana

Jika dilihat dari penggolongannya, maka KUHP menggolongkan tindak pidana menjadi dua golongan, yaitu kejahatan (*misdrijven*) dan pelanggaran (*overtredingen*). **Kejahatan** (*misdrijven*) diatur dalam Buku II KUHP, dan kelompok tindak pidana yang termasuk di dalamnya, adalah:

1. Kejahatan Terhadap Keamanan Negara (Bab I, Pasal 104-129 KUHP);
2. Kejahatan-kejahatan Terhadap Martabat Presiden dan Wakil Presiden (Bab II, Pasal 130-139 KUHP);
3. Kejahatan-kejahatan Terhadap Negara Sahabat dan Terhadap Kepala Negara sahabat Serta Wakilnya (Bab III, Pasal 139a-145);
4. Kejahatan Terhadap Melakukan Kewajiban dan Hak Kenegaraan (Bab IV, Pasal 146-153 KUHP);
5. Kejahatan Terhadap Ketertiban Umum (Bab V, Pasal 153bis-181 KUHP);
6. Perkelahian Tanding (Bab VI, Pasal 182-186 KUHP);
7. Kejahatan yang Membahayakan Keamanan Umum bagi Orang atau Barang (Bab VII, Pasal 187-206 KUHP);
8. Kejahatan Terhadap Penguasa Umum (Bab VIII, Pasal 207-241 KUHP);
9. Sumpah Palsu dan Keterangan Palsu (Bab IX, Pasal 242-243 KUHP);
10. Pemalsuan Mata Uang dan, Uang Kertas (Bab X, Pasal 244-252 KUHP);
11. Pemalsuan Meterai dan Merek (Bab XI, Pasal 253-262 KUHP);
12. Pemalsuan Surat (Bab, XII, Pasal 263-276 KUHP);
13. Kejahatan Terhadap Asal-usul dan Perkawinan (Bab XIII, Pasal 277-280 KUHP);
14. Kejahatan Terhadap Kesusilaan (Bab XIV, Pasal 281-303 KUHP);
15. Meninggalkan Orang yang Perlu Ditolong (Bab W' Pasal 304-309 KUHP);
16. Penghinaan (Bab XVI, Pasal 310-321 KUHP);
17. Membuka Rahasia (Bab XVII, Pasal 322-323 KUHP);
18. Kejahatan Terhadap Kemerdekaan Orang (Bab XVIII, Pasal 324-337 KUHP);
19. Kejahatan Terhadap Nyawa (Bab XIX, Pasal 338-350 KUHP);
20. Penganiayaan (Bab XX, Pasal 351-358 KUHP);
21. Menyebabkan Mati atau Luka-luka Karena Kealpaan (Bab XXI, Pasal 359-361 KUHP);

²⁷ Barda Nawawi Arief. “Masalah Pidanaan Sehubungan dengan Perkembangan Delik-delik Khusus dalam Masyarakat Modern”. (Makalah yang disampaikan pada Seminar Perkembangan Delik-delik Khusus dalam Masyarakat yang Mengalami Modernisasi, yang diselenggarakan oleh BPHN-UNAIR Surabaya, 25 - 27 Februari 1980) (Bandung: Bina Cipta, 1982), hlm. 105-107.

22. Pencurian (Bab XXII, Pasal 362-367 KUHP);
23. Pemerasan dan Pengancaman (Bab XXIII, Pasal 368-371 KUHP);
24. Penggelapan (Bab XXIV, Pasal 372-377 KUHP);
25. Perbuatan Curang [*bedrog* = penipuan] (Bab XXV, Pasal 378-395 KUHP);
26. Perbuatan Merugikan Pemiutang atau Orang yang Mempunyai Hak (Bab xxvi, Pasal 396-405 KUHP) (Pemiutang = *schuld eischer*. Orang yang mempunyai hak *recht hebbende*);
27. Menghancurkan atau Merusakkan Barang (Bab XXVII, Pasal 406-412 KUHP);
28. Kejahatan Jabatan (Bab XXVIII, Pasal 413-437 KUHP);
29. Kejahatan Pelayaran (Bab XXIX, Pasal 438-479);
30. Kejahatan Penerbangan dan Kejahatan Terhadap Sarana/Prasarana Penerbangan (Bab XXIX A, Pasal 479a-479r KUHP)
31. Penadahan, Penerbitan dan Percetakan (Bab XXX, Pasal 480-488 KUHP);
32. Aturan Tentang Pengulangan Kejahatan yang Bersangkutan dengan Berbagai-bagai Bab (Bab XXXI, Pasal 486-488 KUHP).

Pelanggaran (*overtredingen*) diatur dalam Buku III KUHP, dan kelompok tindak pidana yang masuk golongan pelanggaran, adalah:

1. Pelanggaran Keamanan Umum bagi Orang atau Barang dan Kesehatan (Bab I, Pasal 489-502 KUHP);
2. Pelanggaran Ketertiban Umum (Bab II, Pasal 503- 520 KUHP);
3. Pelanggaran Terhadap Penguasa Umum (Bab III, Pasal 521-528 KUHP);
4. Pelanggaran Mengenai Asal-usul dan Perkawinan (Bab IV, Pasal 529-530 KUHP);
5. Pelanggaran Terhadap Orang yang Memerlukan Pertolongan (Bab V, Pasal 531 KUHP);
6. Pelanggaran Kesusilaan (Bab VI, Pasal 532-547 KUHP);
7. Pelanggaran Mengenai Tanah, Tanaman dan Pekarangan (Bab VII, Pasal 548-551 KUHP);
8. Pelanggaran Jabatan (Bab VIII, Pasal 552-559 KUHP);
9. Pelanggaran Pelayaran (Bab IX. Pasal 560-569 KUHP).

B.3. Jenis-Jenis Tindak Pidana

Jika dilihat dari jenis-jenisnya, maka tindak pidana atau delik itu dibagi dalam beberapa jenis, yaitu:

1. Delik formal dan delik materiel;
2. Delik *commisionis*, delik *ommisionis* dan delik *commissionis per omissionem commissa*;
3. Delik *dolus* dan delik *culpa* (*doleuse en culpose delicten*);
4. Delik tunggal dan delik berganda (*enkelvoudige en samengestelde delicten*);

5. Delik yang berlangsung terus dan delik yang tidak berlangsung terus (*voortdurende en niet voortdurende/aflopende delicten*);
6. Delik aduan dan bukan delik aduan (*klachtdelicten en niet klachtdelicten*);
7. Delik sederhana dan delik yang ada pemberatannya (*eenvoudige en gequalificeerde delicten*);

Adapun penjelasan singkatnya sebagai berikut:

1. Delik formal dan delik materiel
 - a. Delik formal itu adalah delik yang perumusannya di titik beratkan kepada perbuatan yang dilarang. Delik tersebut telah selesai dengan dilakukannya perbuatan seperti tercantum dalam rumusan delik. Misal: penghasutan (Pasal 169 KUHP); di muka umum menyatakan kebencian, menyatakan perasaan umum permusuhan atau penghinaan terhadap satu atau lebih golongan rakyat di Indonesia (Pasal 156 KUHP); penyuapan (Pasal 209, 210 KUHP); sumpah palsu (Pasal 242 KUHP); pemalsuan surat (Pasal 263 KUHP); pencurian (Pasal 362 KUHP).
 - b. Delik materiel itu adalah delik yang perumusannya dititikberatkan kepada akibat yang tidak dikehendaki (dilarang). Delik ini baru selesai apabila akibat yang tidak dikehendaki itu telah terjadi. Kalau belum, maka paling banyak hanya ada percobaan. Misal: pembakaran (Pasal 187 KUHP); penipuan (Pasal 378 KUHP), pembunuhan (Pasal 338 KUHP). Batas antara delik formal dan delik materiel tidak tajam, misalnya Pasal 362 KUHP.
2. Delik *commissionis*, delik *omissionis* dan delik *commissionis per omissionem commissa*.
 - a. Delik *commissionis*: delik yang berupa pelanggaran terhadap larangan, ialah berbuat sesuatu yang dilarang, pencurian, penggelapan, penipuan.
 - b. Delik *omissionis*: delik yang berupa pelanggaran terhadap perintah, ialah tidak melakukan sesuatu yang diperintahkan/diharuskan, misal: tidak menghadap sebagai saksi di muka pengadilan (Pasal 522 KUHP, tidak menolong orang yang memerlukan pertolongan (Pasal 531 KUHP).
 - c. Delik *Commissionis per omissionem commissa*: delik yang berupa pelanggaran larangan (*dus delik commissionis*), akan tetapi dapat dilakukan dengan cara tidak berbuat. Misal: seorang ibu yang membunuh anaknya dengan tidak memberi air susu (Pasal 338, 340 KUHP); seorang penjaga *wissel* yang menyebabkan kecelakaan kereta api dengan sengaja tidak memindahkan *wissel* (Pasal 194 KUHP).
3. Delik *dolus* dan delik *culpa* (*doleuse en culpose delicten*)
 - a. Delik *dolus*: delik yang memuat unsur kesengajaan, misal: Pasal-pasal 187, 197, 245, 263, 338 KUHP.

- b. Delik *culpa*: delik yang memuat kealpaan sebagai salah satu unsur, misal: Pasal-pasal 195, 197, 201, 203, 231 ayat (4), 359 dan 360 KUHP.
- 4. Delik tunggal dan delik berganda (*enkelvoudige en samengestelde delicten*).
 - a. Delik tunggal: delik yang cukup dilakukan dengan perbuatan satu kali
 - b. Delik berganda: delik yang baru merupakan delik, apabila dilakukan beberapa kali perbuatan, misal: Pasal 481 KUHP (penadahan sebagai kebiasaan).
- 5. Delik yang berlangsung terus dan delik yang tidak berlangsung terus (*voortdurende en niet voortdurende/aflopende delicten*). Delik yang berlangsung terus: delik yang mempunyai ciri, bahwa keadaan terlarang itu berlangsung terus, misal: merampas kemerdekaan seseorang (Pasal 333 KUHP).
- 6. Delik aduan dan bukan delik aduan (*klachtdelicten en niet klachtdelicten*). Delik aduan: delik yang penuntutannya hanya dilakukan apabila ada pengaduan dari pihak yang terkena (*gelaedeerde partij*), misal: penghinaan (Pasal 310 – 319 KUHP), perzinahan (Pasal 284 KUHP), *chantage* (pemerasan dengan ancaman pencemaran (Pasal 335 ayat (1) sub 2 KUHP jo. ayat (2)).
- 7. Delik sederhana dan delik yang ada pemberatannya (*eenvoudige en gequalificeerde delicten*). Delik yang ada pemberatannya, misal: penganiayaan yang menyebabkan luka berat atau matinya orang (Pasal 351 ayat (2) dan (3) KUHP), pencurian pada waktu malam hari (Pasal 363 KUHP).

B.4. Model Lain Rumusan Tindak Pidana

Dalam pandangan yang lain, Schaffmeister, Keijzer dan Sutorius,²⁸ mengatakan ada dua model perumusan delik, yaitu model baku dan model menyimpang, yaitu:

1. Model Baku

Model baku dari rumusan perbuatan pidana (delik) pada umumnya terdiri dari 3 bagian, yaitu: pertama, rumusan yang terdiri dari unsur-unsur delik; kedua: rangkuman singkat dari rumusan delik tersebut yang dinamakan kualifikasi; ketiga: ketentuan itu berisi ancaman pidana.

Contoh: Pasal 378 KUHP: Barangsiapa dengan maksud untuk menguntungkan diri sendiri atau orang lain secara melawan hukum, dengan memakai nama palsu atau martabat palsu, dengan tipu muslihat, ataupun rangkaian kebohongan, menggerakkan orang lain untuk menyerahkan barang sesuatu

²⁸ *Ibid*, hlm. 24-25.

kepadanya, atau supaya memberi hutang maupun menghapuskan piutang, diancam karena penipuan dengan pidana penjara paling lama empat tahun.

2. Model Menyimpang

Di samping itu ada juga yang namanya menyimpang, seperti:

- a. Dalam banyak ketentuan, tidak terdapat pemberian nama (kualifikasi) suatu delik (contoh: Pasal 379a KUHP).
- b. Ada juga perumusan delik yang hanya menyebut dengan nama (contoh: Pasal 351 ayat (1) KUHP: Penganiayaan diancam dengan pidana...).
- c. Ada yang tidak menyebutkan suatu perbuatan tetapi hanya suatu akibat (contoh: Pasal 359 KUHP: Barang siapa karena kealpaan menyebabkan matinya orang lain, diancam dengan pidana...)

Sementara Andi Hamzah,²⁹ mengatakan bahwa rumusan delik dirumuskan dalam berbagai cara, seperti:

- a. Pada umumnya, rumusan suatu delik berisi "bagian inti" (*bestanddelen*), yang harus sesuai dengan perbuatan yang "*bestanddelen*" dan bukan "unsur delik", karena unsur (*element*) suatu delik ada juga di luar rumusan, misalnya delik pencurian terdiri dari bagian inti (*bestanddelen*):
 - mengambil
 - barang yang seluruhnya atau sebagian kepunyaan orang lain
 - dengan maksud memiliki
 - melawan hukum

Keempat bagian inti delik ini harus sesuai dengan perbuatan nyata yang dilakukan. Oleh karena itu harus termuat di dalam surat dakwaan. Apabila satu atau lebih bagian inti ini tidak dapat dibuktikan di Sidang Pengadilan, maka terdakwa bebas.

Di dalam rumusan delik pencurian ini tidak terdapat unsur "dengan sengaja", karena dengan ditemui unsur mengambil sudah tersirat unsur tersebut. Lagi pula tidak ada delik pencurian yang dilakukan dengan kealpaan (*culpa*).

Berbeda misalnya dengan rumusan delik pembunuhan (Pasal 338 KUHP), di situ hanya ada dua bagian inti (*bestanddelen*) yaitu:

- sengaja
- menghilangkan nyawa orang lain.

Di dalam rumusan ini terdapat bagian inti "sengaja", karena ada delik menghilangkan nyawa yang lain yang dilakukan dengan kealpaan (*culpa*), Pasal 359 KUHP dan Pasal 361 KUHP, serta delik menghilangkan nyawa dengan berencana sebagaimana terdapat dalam Pasal 340 KUHP.

²⁹ Andi Hamzah, *Op. Cit*, hlm. 92-95.

- b. Ada pula rumusan delik yang tidak menyebut unsur-unsurnya atau kenyataan-kenyataan sebagai bagian inti (*bestanddelen*) delik, seperti delik penganiayaan (Pasal 351 KUHP), perdagangan wanita (Pasal 297 KUHP), perkuliahian tanding (Pasal 184 KUHP). Pembuat undang-undang dalam hal ini tidak memaparkan unsur-unsur delik berupa bagian inti, karena khawatir dengan membuat rumusan demikian mungkin ternyata sangat sempit pengertiannya sehingga sangat sulit dijalankan semestinya. Menentukan kenyataan-kenyataan demikian diserahkan kepada hakim dan tentu juga ilmu hukum pidana.
- c. Bentuk yang ketiga yang paling umum ialah hanya mencantumkan unsur-unsur atau kenyataan-kenyataan berupa bagian inti (*bestanddelen*) belaka tanpa kualifikasi, seperti Pasal 106, 108, 167, 168, 209, 279, 259, 479 a dan banyak lagi.
- d. Ada pula rumusan delik yang dicantumkan bagian intinya saja tanpa kualifikasi, tetapi sebenarnya mempunyai nama populer dalam masyarakat dan dalam pelajaran buku hukum pidana, seperti Pasal 415 KUHP dengan nama "penggelapan oleh pegawai negeri atau pejabat"; Pasal 279 KUHP dengan nama "bigami", Pasal 296 KUHP dengan nama "mucikari" (*koppelaar*).

Hampir tiap ketentuan yang memuat rumusan delik diakhiri dengan ancaman pidana (sanksi). Kadang-kadang ancaman pidana itu terletak di permulaan rumusan, seperti Pasal 295 KUHP, yang mulai dengan "Di pidana ke- 1...". Ada pula yang ancaman pidananya tercantum di dalam pasal lain, seperti delik korupsi, tercantum di dalam Pasal 28 UUPTPK, sedangkan rumusannya pada Pasal 1 ayat 1 sub a-sub e.³⁰

Lebih lanjut mengenai fungsi rumusan delik dalam hukum pidana maupun dalam hukum acara pidana, rumusan delik menduduki tempat yang sangat penting. Jika diteliti betul, rumusan delik mempunyai dua fungsi, yaitu:

- a. Ditinjau dari hukum pidana materiel, mempunyai fungsi melindungi dari hukum mengingat rasio dari asas legalitas.
- b. Dilihat dari hukum acara pidana, rumusan delik masih mempunyai fungsi lain yang dinamakan fungsi petunjuk bukti.

Rumusan delik menunjukkan apa yang harus dibuktikan menurut hukum. Sesungguhnya, semua yang tercantum dalam rumusan delik (tetapi tidak lebih dari itu) harus dibuktikan menurut aturan hukum acara pidana. Sebagai contoh Pasal 212 KUHP: "Barang siapa dengan kekerasan atau ancaman kekerasan melawan seorang pejabat yang sedang menjalankan tugas yang sah... diancam karena melawan pejabat dengan pidana penjara paling lama satu tahun empat bulan.

³⁰ *Ibid*, hlm. 95.

Rumusan delik itu dapat diuraikan dalam bagian-bagian: (1) melawan; (2) dengan kekerasan atau ancaman kekerasan; (3) terhadap pejabat; (4) sedang menjalankan tugas yang sah.

Bagian-bagian itu dinamakan unsur-unsur delik tertulis (persyaratan tertulis untuk dapat dipidana). Untuk dapat dipidana, semua unsur harus dituduhkan dan dibuktikan. Misalnya membantu pencurian, disyaratkan semua unsur dituduhkan dan dibuktikan seperti yang terdapat di dalam Pasal 56 ayat (1) atau ayat (2), dan Pasal 362 KUHP.³¹

B.5. Pengategorian Tindak Pidana

Sementara dalam Naskah Akademik RKUHP dijelaskan bahwa kategori tindak pidana (delik) dikualifikasikan ke dalam 3 (tiga) bobot, yaitu:

1. Delik yang dipandang “**sangat ringan**” yaitu hanya diancam dengan pidana denda ringan (kategori 1 atau II) secara tunggal. Delik-delik yang dikelompokkan di sini ialah delik-delik yang dulunya diancam dengan pidana penjara/kurungan di bawah 1 (satu) tahun atau denda ringan atau delik-delik baru yang menurut penilaian bobotnya di bawah 1 (satu) tahun penjara.
2. Delik yang dipandang “**berat**”, yaitu delik-delik yang pada dasarnya patut diancam dengan pidana penjara di atas 1 (satu) tahun s/d 7 (tujuh) tahun. Delik yang dikelompokkan di sini akan selalu dialternatifkan dengan pidana denda lebih berat dari kelompok pertama, yaitu denda kategori III atau IV. Delik dalam kelompok ini ada juga yang ancamannya minimal khusus.
3. Delik yang dipandang “**sangat berat/sangat serius**”, yaitu delik yang diancam dengan pidana penjara di atas 7 (tujuh) tahun atau diancam dengan pidana lebih berat (yaitu pidana mati atau penjara seumur hidup). Untuk menunjukkan sifat berat, pidana penjara untuk delik dalam kelompok ini hanya diancam secara tunggal atau untuk delik-delik tertentu dapat diakumulasikan dengan pidana denda kategori V atau diberi ancaman minimal khusus.³²

Patut dicatat, bahwa dalam hal-hal tertentu ada penyimpangan dari pola di atas, antara lain khusus untuk delik yang selama ini dikenal dengan “kejahatan ringan”, polanya adalah diancam dengan maksimum 6 (enam) bulan penjara dengan alternatif denda kategori II.³³

³¹ D. Schaffmesiter, N. Keijzer dan P.H. Sutorius, *Op. Cit.*, hlm. 26.

³² Tim Penyusun. “Naskah Rancangan Kitab Undang-undang Hukum Pidana Hasil Pembahasan Panitia Kerja RKUHP-DPR RI”, 24 September 2018 (Jakarta: BPHN & Menkumham, 2018), (selanjutnya disebut “RKUHP”), hlm. 32-33.

³³ *Ibid.*

II.

ASAS-ASAS DALAM HUKUM PIDANA

Ada beberapa asas dalam lapangan hukum pidana yang menjadi dasar pemahaman mengenai hukum pidana, adapun asas-asas hukum pidana tersebut antara lain:

A. Asas Legalitas

Asas legalitas dalam hukum pidana merupakan asas yang fundamental. Pertama kali asas ini dituangkan dalam Konstitusi Amerika 1776, dan setelah itu dalam Pasal 8 *Declaration de droits de l'homme et du citoyen* 1789 di Perancis. Asas legalitas ini kemudian tercantum dalam KUHP berbagai negara di dunia. Di Perancis, asas ini pertama kali termuat dalam Pasal 4 *Code Penal* yang disusun oleh Napoleon Bonaparte (tidak ada pelanggaran, tidak ada delik tidak ada kejahatan yang dapat dipidana berdasarkan aturan hukum yang ada, sebelum aturan hukum itu dibuat terlebih dulu). Di Belanda, asas legalitas diatur dalam Pasal 1 ayat (1) *Wetboek van Strafrecht* yang dengan tugas menentukan “*Geen feit is strafbaar dan uit kracht van eene daaraan voorafgegane wettelijke strafbepalingen*”.³⁴

Menurut Machteld Boot, asas legalitas mengandung beberapa syarat: **pertama**, *nullum crimen, noela poena sine lege praevia*, yang berarti, tidak ada perbuatan pidana, tidak ada pidana tanpa undang-undang sebelumnya. Konsekuensi dari makna ini adalah menentukan bahwa hukum pidana tidak boleh berlaku surut. **Kedua**, *nullum crimen, noela poena sine lege scripta*, artinya, tidak ada perbuatan pidana, tidak ada perbuatan pidana tanpa undang-undang tertulis. Konsekuensi dari makna ini, adalah bahwa semua perbuatan pidana harus tertulis. **Ketiga**, *nullum crimen, noela poena sine lege certa*, artinya tidak ada perbuatan pidana, tidak ada pidana tanpa aturan undang-undang yang jelas. Konsekuensi dari makna ini, adalah harus jelasnya rumusan perbuatan pidana sehingga tidak bersifat multitafsir yang dapat membahayakan kepastian hukum. **Keempat**, *nullum crimen, noela poena sine lege stricta*, artinya tidak ada perbuatan pidana, tidak ada pidana tanpa undang-undang yang ketat. Konsekuensi dari makna ini secara implisit adalah

³⁴ I Made Widnyana. *Asas-asas Hukum Pidana* (Jakarta: Fikahati Aneska, 2010), hlm. 20.

tidak diperbolehkannya analogi. Ketentuan pidana harus ditafsirkan secara ketat, sehingga tidak menimbulkan perbuatan pidana baru.³⁵

Asas legalitas dalam Hukum Pidana Indonesia diatur dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP, yang menentukan “suatu perbuatan tidak dapat dipidana, kecuali berdasarkan kekuatan perundang-undangan pidana yang telah ada”. Syarat pertama untuk menindak terhadap suatu perbuatan yang tercela, yaitu adanya ketentuan dalam undang-undang pidana yang merumuskan perbuatan yang tercela itu dan memberikan suatu sanksi terhadapnya.

Dari ketentuan Pasal 1 ayat (1) KUHP tersebut, dijelaskan bahwa:

1. Suatu perbuatan dapat dipidana kalau termasuk ketentuan pidana menurut undang-undang. Oleh karena itu pembedaan berdasarkan hukum tidak tertulis, tidak dimungkinkan.
2. Ketentuan pidana itu harus lebih dulu ada dari pada perbuatan itu; dengan perkataan lain, ketentuan pidana itu harus sudah berlaku surut, baik mengenai ketetapan dapat dipidana maupun sanksinya.

Rumusan dari Pasal 1 ayat (2) KUHP membuat pengecualian atas ketentuan tidak berlaku surut untuk kepentingan terdakwa, artinya bilamana terjadi perubahan dalam perundang-undangan sesudah perbuatan dilakukan, maka terhadap terdakwa diterapkan ketentuan yang paling menguntungkannya.

Dalam asas legalitas, tampak jaminan dasar kepastian hukum, merupakan tumpuan dari hukum pidana dan hukum acara pidana. Di samping Pasal 1 KUHP, asas legalitas dapat juga dijumpai dalam sumber-sumber hukum internasional, seperti:

1. Deklarasi Universal Hak-hak Asasi Manusia 1948, Pasal 11 ayat 2.
2. Perjanjian Eropa Untuk Melindungi Hak Asasi Manusia Dan Kebebasan Asasi 1950 (Perjanjian New York) Pasal 15 ayat (1).

Sesuai dengan jiwa Pasal 1 KUHP disyaratkan juga bahwa ketentuan undang-undang harus dirumuskan secermat mungkin. Ini dinamakan asas *lex certa* (undang-undang yang dapat dipercaya).

Pengertian dasar Pasal 1 KUHP, berkaitan erat dengan Pasal 3 KUHP: hukum pidana harus diwujudkan dengan prosedur yang memadai dan dengan jaminan hukum.

Asas legalitas mempunyai 2 fungsi yaitu fungsi instrumental: tidak ada perbuatan pidana yang tidak dituntut; dan fungsi melindungi: tidak ada pembedaan kecuali atas dasar undang-undang.

Atas dasar kedua fungsi asas legalitas tersebut, seorang ahli hukum pidana Jerman Anzelm Von Feuerbach (1775-1833) merumuskan asas legalitas dalam bahasa Latin:

³⁵ Eddy O. S. Hiariej. *Pengantar Hukum Pidana Internasional* (Jakarta: Erlangga, 2009), hlm. 29.

1. *Nulla poena sine lege*: tidak ada pidana tanpa ketentuan pidana menurut undang-undang;
2. *Nulla poena sine crimine*: tidak ada pidana tanpa perbuatan pidana;
3. *Nullum crimen sine poena legali*: tidak ada perbuatan pidana tanpa pidana menurut undang-undang.

Rumusan tersebut juga dirangkum dalam satu kalimat: *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenali*: tidak ada perbuatan pidana, tidak ada pidana, tanpa ketentuan undang-undang terlebih dahulu.³⁶ Ada 7 (tujuh) aspek yang dapat dibedakan dari asas legalitas, sebagai berikut:³⁷

1. Tidak dapat dipidana kecuali berdasarkan ketentuan pidana menurut undang-undang;
2. Tidak ada penerapan undang-undang pidana berdasarkan analogi;
3. Tidak dapat dipidana hanya berdasarkan kebiasaan;
4. Tidak boleh ada perumusan delik yang kurang jelas (syarat *lex-certa*);
5. Tidak ada kekuatan surut dari ketentuan pidana;
6. Tidak ada pidana lain kecuali yang ditentukan undang-undang;
7. Penuntutan pidana hanya menurut cara yang ditentukan undang-undang.

Sebagai perbandingan, ketentuan mengenai asas legalitas di dalam RKUHP yang akan datang telah dirumuskan dalam Pasal 1 yang bunyinya sebagai berikut:³⁸

Ayat (1):

"Tiada seorang pun dapat dipidana atau dikenakan tindakan, kecuali perbuatan yang dilakukan telah ditetapkan sebagai tindak pidana dalam peraturan perundang-undangan yang berlaku pada saat perbuatan itu dilakukan".

Ayat (2):

"Dalam menetapkan adanya tindak pidana dilarang menggunakan analogi".

Ayat (3):

"Ketentuan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) tidak mengurangi berlakunya hukum yang hidup dalam masyarakat yang menentukan bahwa seseorang patut dipidana walaupun perbuatan tersebut tidak diatur dalam peraturan perundang-undangan".

Ayat (4):

"Berlakunya hukum yang hidup dalam masyarakat sebagaimana dimaksud dalam ayat (3) sepanjang sesuai dengan nilai-nilai Pancasila dan/atau prinsip-prinsip hukum umum yang diakui oleh masyarakat bangsa-bangsa".

³⁶ I Made Widnyana, *Op. Cit.*, hlm. 23.

³⁷ D Schaffmesiter, N. Keijzer dan P.H. Sutorius, *Op. Cit.*, hlm. 3-7.

³⁸ Tim Penyusun RKUHP. *Naskah Akademis RKUHP (edisi 25 Februari 2015)*, (Jakarta: BPHN (Badan Pembinaan Hukum nasional & Menkumham, 2015).

B. Asas Tiada Pidana Tanpa Kesalahan

Pembahasan mengenai asas 'tiada pidana tanpa kesalahan' yang kemudian oleh Chairul Huda dikembangkan menjadi asas 'tiada pertanggungjawaban pidana tanpa kesalahan'³⁹ akan menjadi semakin penting, bukan hanya karena secara keilmuan asas ini mesti dipahami oleh para mahasiswa fakultas hukum, namun lebih jauh dari itu, asas ini secara *exsplisit verbis*, akan diterapkan dalam RKUHP⁴⁰ yang akan datang.

Asas Tiada Pidana Tanpa Kesalahan atau dalam istilah lain disebut dengan *Geen Straf Zonder Schuld*, atau *No Punishment Without Fault*, atau *Actus non facit reum nisi mens sist rea*. Asas ini berasal dari Yurisprudensi Hoge Raad (Belanda) pada tanggal 14 Februari 1916. Asas hukum pidana ini berhubungan dengan masalah pertanggungjawaban dalam hukum pidana yang dilandaskan pada presumsi bahwa *schuld* tidak dapat dimengerti tanpa adanya melawan hukum (*wederrechtelijke*), tapi sebaliknya, melawan hukum mungkin tanpa adanya kesalahan.⁴¹ Berdasarkan asas ini, meskipun seseorang telah melakukan perbuatan pidana dan telah memenuhi unsur-unsur yang dirumuskan dalam delik, perlu dibuktikan pula apakah dia dapat dipertanggungjawabkan atau tidak atas perbuatannya tersebut, artinya apakah dia mempunyai kesalahan atau tidak.

Moeljatno⁴² pada tahun 1955 dalam pidato pengukuhan sebagai guru besar hukum pidana di Universitas Gajah Mada mengemukakan pandangannya mengenai asas "tiada pidana tanpa kesalahan" (*Geen straf zonder schuld, actus non facit reum nisi mens sist rea*) atau yang lebih dikenal dengan asas dualistis. Menurut Chairul Huda, pada pokoknya ajaran ini memisahkan tindak pidana dan pertanggungjawaban pidana. Tindak pidana hanya menyangkut persoalan 'perbuatan', sedangkan masalah apakah 'orang' yang melakukan perbuatan tersebut kemudian dapat dipertanggungjawabkan, adalah persoalan yang lain. Dalam banyak kejadian, tindak pidana dapat terjadi sekalipun dilihat dari batin terdakwa sama sekali tidak patut dicelakan terhadapnya. Dengan kata lain, walaupun telah

³⁹ Chairul Huda, *Op. Cit.*, dalam Judul Buku berikut keseluruhan isinya yang menjelaskan pergeseran asas *Tiada Pidana Tanpa Kesalahan Menuju Kepada Tiada Pertanggungjawaban Pidana Tanpa Kesalahan*.

⁴⁰ Naskah Akademis RKUHP.

⁴¹ Moeljatno, *Op. Cit.*, hlm. 155.

⁴² Moeljatno. "Perbuatan Pidana dan Pertanggungjawaban Dalam Hukum Pidana". (Pidato Ilmiah dalam Dies Natalis Universitas Gajah Mada, pada tanggal 19 Desember 1955). Lihat juga, Moeljatno, *Asas-asas Hukum Pidana, Op.Cit.*, hlm. 165. Menurut Moeljatno, "Perbuatan pidana hanya menunjuk kepada dilarang dan diancamnya perbuatan dengan suatu pidana. Apakah orang yang melakukan perbuatan kemudian juga dijatuhi pidana, sebagaimana yang diancamkan, ini tergantung dari soal apakah dalam melakukan perbuatan ini dia mempunyai kesalahan. Sebab asas dalam pertanggungjawaban dalam buku ini ialah: Tidak dipidana jika tidak ada kesalahan (*Geen straf zonder schuld*). Asas ini tidak tersebut dalam hukum tertulis tapi dalam hukum yang tidak tertulis yang juga di Indonesia berlaku".

melakukan tindak pidana, tetapi pembuatnya tidak diliputi kesalahan, oleh karenanya tidak dapat dipertanggungjawabkan.⁴³

Dinyatakan oleh Moeljatno, bahwa “perbuatan pidana hanya menunjuk kepada sifat perbuatan saja, yaitu sifat dilarang dengan ancaman pidana kalau dilanggar.”⁴⁴Selanjutnya Moeljatno menyatakan,⁴⁵ perumusan tindak pidana hanya memuat tiga hal, yaitu subjek delik yang dituju oleh norma hukum (*normadressaat*), perbuatan yang dilarang (*strafbaar*), dan ancaman pidana (*strafmaat*). Ketiga hal ini merupakan masalah kriminalitas yang termasuk dalam lingkup tindak pidana. Sebaliknya pertanggungjawaban pidana hanya mempersoalkan segi-segi subjektif dari pembuat tindak pidana. Dalam tahap ini, persoalan tidak lagi berkisar pada masalah perbuatan dan sifat melawan hukumnya, melainkan berkaitan dengan dalam keadaan bagaimanakah pembuat dapat dipertanggungjawabkan atas tindak pidana.

Menurut Edward Omar Sharif Hiarij, setelah apa yang disampaikan Moeljatno tersebut, maka mengubah sistem hukum pidana di Indonesia, baik secara praktik maupun teoretis. ⁴⁶ Sekalipun asas ini tidak dipraktikkan secara masif di dalam praktik hukum pidana dan tidak diterapkan dalam KUHP, namun setelah melalui proses yang cukup panjang dan dengan dimasukkannya asas ini secara eksplisit di dalam RKUHP yang akan datang, maka dapat dikatakan bahwa asas ini akan kembali ke “rumahnya” lagi.

Sejalan dengan pandangan Moeljatno, menurut Roeslan Saleh,⁴⁷ melakukan suatu tindak pidana, tidak selalu berarti pembuatnya bersalah atas hal itu. Untuk dapat mempertanggungjawabkan seseorang dalam hukum pidana diperlukan syarat-syarat untuk dapat mengenakan pidana terhadapnya, karena melakukan tindak pidana tersebut. Dengan demikian, selain telah melakukan tindak pidana, pertanggungjawaban pidana hanya dapat dituntut ketika tindak pidana dilakukan dengan ‘kesalahan’. Dalam memaknai ‘kesalahan’, Roeslan Saleh menyatakan,⁴⁸ ‘Kesalahan’ adalah dapat dicelanya pembuat tindak pidana, karena dilihat dari segi masyarakat sebenarnya dia dapat berbuat lain jika tidak ingin melakukan perbuatan tersebut.

Sementara Moeljatno dengan meminjam pendapatnya dari Simons menyatakan, ‘Kesalahan’ adalah adanya keadaan psikis yang tertentu pada orang yang melakukan perbuatan pidana dan adanya hubungan antara keadaan tersebut dengan perbuatan yang dilakukan yang sedemikian rupa, hingga orang itu dapat

⁴³ Chairul Huda, *Op. Cit.*, hlm. 6.

⁴⁴ Moeljatno, *Asas-asas Hukum Pidana*, *Op. Cit.*, hlm. 56-57.

⁴⁵ Moeljatno, *Perbuatan Pidana dan Pertanggungjawaban dalam hukum Pidana*, *Op. Cit.*, hlm. 11.

⁴⁶ (Online), tersedia di <http://firmanhakimo3.blogspot.com/2016/09/rangkuman-keterangan-ahlipidana-prof-26-html> (7 Oktober 2017).

⁴⁷ Roeslan Saleh, *Perbuatan Pidana dan Pertanggungjawaban Pidana...*, *Op.Cit.*, hlm. 89.

⁴⁸ *Ibid*, hlm. 77.

dicela karena melakukan perbuatan tadi. Bahwa untuk adanya kesalahan harus dipikirkan dua hal di samping melakukan perbuatan pidana. Pertama: adanya keadaan psikis (batin) yang tertentu, dan Kedua: adanya hubungan yang tertentu antara keadaan batin tersebut dengan perbuatan yang dilakukan, hingga menimbulkan celan tadi. Sungguh pun antara yang pertama dan yang kedua ada hubungan yang erat, bahkan adanya yang pertama merupakan dasar bagi adanya yang kedua atau yang kedua tergantung dari yang pertama, namun untuk jelasnya baiklah dalam teori dipisahkan yang satu dan yang lain.⁴⁹

Menurut Barda Nawawi Arief,⁵⁰ bahwa tindak pidana hanya membahas perbuatan secara objektif, sedangkan hal-hal yang bersifat subjektif terkait dengan sikap batin pembuat tindak pidana harus dikeluarkan dari pengertian tindak pidana, karena sikap batin pembuat termasuk dalam lingkup kesalahan dan pertanggungjawaban pidana yang menjadi dasar etik dapat dipidananya si pembuat. Pemisahan tindak pidana dan pertanggungjawaban pidana bertujuan untuk memberikan kedudukan seimbang dalam penjatuhan pidana berdasarkan prinsip *daad en dader strafrecht* yang memerhatikan keseimbangan monodualistik antara kepentingan individu dan masyarakat. Artinya, walaupun telah melakukan tindak pidana, tetapi pembuatnya tidak diliputi kesalahan, oleh karenanya tidak dapat dipertanggungjawabkan. Sifat perbuatan yang dilarang mengandung pengertian bahwa tindak pidana didasarkan pada asas legalitas sebagai dasar utama⁵¹ yang menempatkan perbuatan dengan ancaman sanksi sebagai perbuatan yang bersifat melawan hukum. Seperti dikatakan William, "*the act constituting a crime may in some circumstances be objectively innocent*".⁵²

Dari sini terlihat perbedaan tindak pidana dan pertanggungjawaban pidana. Tindak pidana hanya berorientasi pada perbuatan yang dilarang berdasarkan norma hukum, sedangkan pertanggungjawaban pidana menunjuk kepada sikap-sikap subjektif yang didasarkan kepada kewajiban hukum seseorang untuk mematuhi hukum.⁵³ Fletcher menyatakan "*we distinguish between characteristic of the actor...*".⁵⁴ Secara konseptual, Fletcher menjelaskan bahwa hukum pidana mempunyai dua norma. Pertama, norma hukum yang mengatur perbuatan tertentu yang dilarang atau diperintahkan, "*the basic norm of the criminal law prohibit*

⁴⁹ Moeljatno, *Asas-asas Hukum Pidana*, Op. Cit., hlm. 171.

⁵⁰ Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, Op.Cit., hlm. 107. Menurut Barda Nawawi Arief, konsepsi ini digunakan dalam RKUHP.

⁵¹ Roeslan Saleh, *Perbuatan Pidana dan...*, Op. Cit., hlm. 14.

⁵² Glanville William. *Criminal Law: General Part* (London: Stevens & Sons, 1961), hlm. 22.

⁵³ Roeslan Saleh. *Masih Saja tentang Kesalahan* (Jakarta: Karya Dunia Fikir, 1994), hlm. 81-82.

⁵⁴ George P. Fletcher, Op. Cit., hlm. 455. Lihat juga Albin Eser. "Justification and Excuses", *The American Journal of Comparative Law*, vol. 24, 1976, hlm. 628. Pembagian norma yang diungkapkan George P. Fletcher berasal dari teori norma yang dikembangkan oleh Beling. Menurut teori ini, norma dibagi menjadi norma hukum (*legal norm*) dan norma pertanggungjawaban pidana (*norm of responsibility*).

particular acts or require the particular acts be performed".⁵⁵ Norma dasar ini merupakan *tatbestandmabigkeit* yang memuat seperangkat unsur-unsur tindak pidana dalam peraturan hukum secara komprehensif yang mengandung berbagai jenis kejahatan.⁵⁶ Dengan kata lain, tindak pidana menekankan kesesuaian perbuatan tertentu dengan rumusan delik.

Kedua, norma yang menggambarkan tentang keadaan tertentu yang menyebabkan pembuat tindak pidana dapat dicela atas tindak pidana yang dilakukan. Dikatakan bahwa *"the analysis of attribution turns our attention to a totally distinct set of norms, which do not provide directives for action, but which spell out the criteria for holding persons accountable for their deeds."*⁵⁷ Analisis tentang pertanggungjawaban pidana merupakan ketentuan berbeda yang tidak menunjuk kepada perbuatan, tetapi berkaitan dengan penentuan kriteria seseorang yang dapat dipertanggungjawabkan atas perbuatannya.

Pemisahan tindak pidana dan pertanggungjawaban pidana bertujuan untuk mempertegas fungsi-fungsi hukum pidana. Di satu sisi, tindak pidana menekankan fungsi komunikasi untuk memberikan gambaran yang jelas kepada masyarakat tentang pedoman bertindak dan bertingkah laku. Dalam kerangka itu, tindak pidana harus dirumuskan secara sederhana dan jelas sehingga dapat dimengerti oleh masyarakat luas sebagaimana diungkapkan oleh Paul H. Robinson, *"to be effective, the rules of conduct must be simple, based on objective criteria with easily communicable and comprehensible standard."*⁵⁸ Di sisi lain, pertanggungjawaban pidana menekankan fungsi adjudikasi yang memberikan pedoman bagi hakim untuk menentukan keadaan-keadaan tertentu yang menjadi dasar dapat dipertanggungjawabkannya pembuat dan oleh karenanya dapat dipidana.⁵⁹

Menurut hemat penulis, dengan dipisahkannya tindak pidana dan pertanggungjawaban pidana sebagaimana di atas, menyebabkan kesalahan dikeluarkan dari unsur tindak pidana dan ditempatkan sebagai faktor yang menentukan dalam pertanggungjawaban pidana. Namun demikian, bagaimana konsep ini diterapkan dalam praktik hukum perlu elaborasi yang lebih mendalam.

⁵⁵ *Ibid*, hlm. 456.

⁵⁶ Ernest Ludwig von Beling. *Lehre vom Verbrechen* (Tubingen: JCB Mohr, 1906), TH.

⁵⁷ George P. Fletcher, *Rethinking....*, *Op. Cit.*, hlm. 458.

⁵⁸ Paul H. Robinson, "Rules of Conduct and Principle of Adjudication", *University of Chicago Law Review*, vol. 57, 1990, hlm. 732-733. Dalam beberapa tulisannya, Paul Robinson menggunakan dua terminologi berbeda dengan menggambarkan fungsi tindak pidana dan pertanggungjawaban pidana. Untuk fungsi tindak pidana, Robinson menggunakan istilah *rules of conduct* dan *rule of articulation*. Adapun untuk pertanggungjawaban pidana, Robinson menggunakan istilah *conduct rule* untuk menggambarkan fungsi tindak pidana dan *decision rule* untuk pertanggungjawaban pidana. Secara substantif, Robinson dan Cohen mempunyai kesamaan pendapat terhadap kedua fungsi tersebut.

⁵⁹ Meir Dan-Cohen, "Decision Rules and Conduct Rules: On Accoustic Separation in Criminal Law", *Harvard Law Review*, vol. 97, 1984, hlm. 625., Reprinted in Meir Dan-Cohen. *Harmful Thought: Essay on Law, Self and Morality* (Princeton & Oxford: Princeton University Press, 2002), hlm. 37-94.

Di satu sisi, pertanggungjawaban pidana terutama dipandang sebagai bagian dari implementasi tugas hakim dalam memeriksa, mengadili dan memutus perkara yang ada padanya. Oleh sebab itu, hal pertama dalam mengelaborasi mengenai teori pemisahan tindak pidana dan pertanggungjawaban pidana, dengan menelusuri penerapan dan perkembangannya dalam praktik tugas hakim dalam menjatuhkan putusan. Artinya, wujud konkret dalam penerapan teori ini secara praktis dapat dilihat kepada tugas hakim dalam menjatuhkan putusan tersebut di pengadilan.

Pembedaan fungsional antara tindak pidana dan pertanggungjawaban pidana dapat ditelusuri dari pandangan Jeremy Bentham⁶⁰ yang menyebutkan bahwa:

"In the same manner also it maybe conceived how, in political society, the same man may, with respect to the same individuals, be, at different periods, and on different occasions, alternatively, in the state of governor and subject: today concurring, perhaps active, in the bussiness of issuing a general command for the observation of the whole society, among the rest of another man in quality of the judge: tomorrow, punished, perhaps by a particular command of that same judge for not obeying the general command which he himself (I mean the person acting in character of governor) had issued."

Sejalan dengan pandangan Bentham, maka Paul H. Robinson mengusulkan pembedaan fungsional antara tindak pidana dan pertanggungjawaban pidana. Dalam penelitian terhadap kedudukan *actus reus* dan *mens rea* dalam hukum pidana Amerika Serikat, Paul H. Robinson mensinyalir penggabungan *actus reus* dan *mens rea* dalam rumusan delik sebagai salah satu sebab yang mereduksi fungsi *rules of conduct* yang terkandung dalam tindak pidana dan prinsip adjudikasi yang terkandung dalam pertanggungjawaban pidana.⁶¹ Fungsi *rules of conduct* menekankan kesederhanaan yang berisi standar objektif dan merumuskan perbuatan yang dilarang atau diperintahkan agar rumusan tindak pidana dapat dipahami oleh masyarakat. Sebaliknya, fungsi adjudikasi yang terkandung dalam pertanggungjawaban pidana menekankan kompleksitas dalam merumuskan standar-standar subjektif dalam menentukan ketercelaan pembuat tindak pidana. Kompleksitas inilah yang menyebabkan fungsi adjudikasi hanya diberlakukan secara limitatif kepada hakim sebagai pedoman dalam menentukan kesalahan pembuat. Oleh karenanya, perumusan fungsi adjudikasi sebagai unsur delik mereduksi fungsi *rule of conduct* yang terkandung dalam tindak pidana, karena dapat menghilangkan kesederhanaan rumusan tindak pidana."⁶²

Pergeseran konsepsi pertanggungjawaban pidana dari aspek kognitif menjadi pedoman Hakim dalam menentukan kesalahan pembuat justru memperkuat

⁶⁰ Jeremy Bentham. *A Fragment of Government* (London: Tample Bar, Tanpa Tahun), hlm. 28.

⁶¹ Paul H. Robinson. "A Functional Analysis of Criminal Law", *New York University Law Review*, vol. 876-884, 1994, hlm. 88

⁶² Paul H. Robinson, "Structuring Criminal Code to Perform Their Function", *Buffalo Criminal Law Review*, vol. 5, 2000, hlm. 4.

argumentasi pemisahan tindak pidana dan pertanggungjawaban pidana agar kedua fungsi tersebut dapat berjalan seiring. Tindak pidana dapat menjaga kesederhanaan dengan hanya merumuskan unsur-unsur objektif perbuatan, sedangkan pertanggungjawaban pidana dapat diletakkan sebagai pedoman Hakim yang tidak disertai dengan ancaman sanksi pidana meskipun tidak menutup kemungkinan manakala teori dualistis menggunakan konsepsi pertanggungjawaban pidana yang lama sebagai aspek kognitif pembuat tindak pidana. Oleh karenanya, tindak pidana seharusnya dirumuskan dalam ketentuan khusus (*special part*) yang hanya membahas tindak pidana.⁶³

Hal ini dapat diamati dalam Rancangan KUHP yang menegaskan pemisahan tindak pidana dan pertanggungjawaban pidana. Konsekuensinya, seluruh tindak pidana hanya merumuskan perbuatan-perbuatan objektif yang dilarang sebagaimana tercantum dalam ketentuan khusus, sedangkan pertanggungjawaban pidana dirumuskan dalam ketentuan umum. Kendati demikian, RKUHP tidak menerapkan teori pemisahan tindak pidana secara konsisten karena RKUHP masih merumuskan unsur subjektif dalam tindak pidana yang dilakukan dengan kealpaan. Kealpaan seharusnya diatur dalam ketentuan umum disertai dengan catatan bahwa kealpaan hanya diterapkan terhadap tindak pidana tertentu.⁶⁴

Pandangan para ahli hukum pidana terkait konsep monisme dan dualisme terdeskripsi dari pemberian definisi mereka terhadap 'tindak pidana'. J.E. Jonkers merumuskan peristiwa pidana sebagai "perbuatan yang melawan hukum (*wederrechtelijk*) yang berhubungan dengan kesengajaan atau kesalahan yang dilakukan oleh orang yang dapat dipertanggungjawabkan".⁶⁵ Sementara H.J. van Schravendijk mendefinisikan tindak pidana adalah "kelakuan orang yang begitu bertentangan dengan keinsafan hukum sehingga kelakuan itu diancam dengan hukuman, asal dilakukan oleh seorang yang karena itu dapat dipersalahkan".⁶⁶ Selanjutnya Van Hamel mengartikan *strafbaar feit* sebagai "kelakuan orang yang dirumuskan dalam *wet*, yang bersifat melawan hukum, yang patut dipidana dan dilakukan dengan kesalahan".⁶⁷ Simmons mengatakan bahwa *Strafbaarfeit* itu adalah "kelakuan yang diancam dengan pidana, bersifat melawan hukum, dan berhubungan dengan kesalahan yang dilakukan oleh orang yang mampu

⁶³ R.A. Duff dan Stuart P. Green (eds.). *Defining Crimes: Essays on the Special Part of the Criminal Law* (New York: Oxford University Press, 2005), hlm. 10-20. Ketentuan khusus adalah ketentuan yang memuat tentang macam, jenis, dan klasifikasi tindak pidana. Duff mengklasifikasi ketentuan khusus dalam dua model, yaitu pendekatan deskriptif dan pendekatan moralistik.

⁶⁴ M. Ainul Syamsu. *Pergeseran Turut Serta Melakukan Dalam Ajaran Penyertaan* (Jakarta: Prenadamedia Group, 2014), hlm. 26.

⁶⁵ Adami Chazawi. *Pelajaran Hukum Pidana (Bagian 1)* (Jakarta: Rajawali Pers, 2012), hlm. 75.

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ Moeljatno, *Asas-asas Hukum Pidana, Op. Cit.*, hlm. 61

bertanggungjawab”⁶⁸. Secara implisit maupun eksplisit, pandangan para ahli hukum pidana ini dapat dimaknai sebagai penerima ajaran monisme.

Tindak pidana dan pertanggungjawaban pidana bukan hanya dibedakan tetapi lebih jauh lagi harus dapat dipisahkan.⁶⁹Unsur utama dari pertanggungjawaban hanyalah kesalahan (*schuld*), sehingga diperlukan pembedaan antara karakteristik perbuatan yang dijadikan tindak pidana dan karakteristik orang yang melakukannya. Aturan hukum dalam hukum pidana materiel mengenai pertanggungjawaban pidana berfungsi sebagai penentu syarat-syarat yang harus ada pada diri seseorang sehingga sah seseorang akan dijatuhi pidana.⁷⁰

Teori *dualistis* menekankan tentang kesengajaan, kesalahan, dan pertanggungjawaban pidana yang terpisah dengan sifat melawan hukum. Teori ini berpangkal tolak dari pandangan bahwa kesalahan dibedakan dengan tindak pidana karena kesalahan merupakan unsur pembentuk dari pertanggungjawaban pidana. Sementara unsur pembentuk tindak pidana hanyalah perbuatan, sehingga kesalahan bukan sebagai unsur dari tindak pidana. Sifat melawan hukum adalah unsur dari tindak pidana dalam wujudnya sebagai perbuatan yang bersifat melawan hukum. Kesalahan yang merupakan unsur dari pertanggungjawaban pidana, dan kesalahan harus dibedakan dengan tindak pidana. Apabila membahas tindak pidana, tidak akan membahas tentang kesalahan, dan apabila membahas pertanggungjawaban pidana tidak pula membahas tentang sifat melawan hukum tetapi harus membahas tentang kesalahan.⁷¹

Sifat melawan hukum dan kesalahan dalam hukum pidana yang berlaku di Indonesia, khususnya KUHP yang sampai sekarang masih berlaku menganut teori monistis yang menyatakan bahwa sifat melawan hukum (*wederrechtelijkheid*) dan kesalahan (*schuld*) merupakan unsur tindak pidana (*strafbaar feit*).⁷²

Di dalam perkembangannya, KUHP tidak menjelaskan hubungan pertanggungjawaban pidana dengan pembuat, tetapi pertanggungjawaban pidana hanya disinggung berkaitan dengan alasan pemaaf dan alasan pembenar yang merupakan bagian dari peniadaan pidana.

Peniadaan pidana sebagaimana yang dimaksud dalam Pasal 44, 48, 49, 50, dan 51 KUHP, memungkinkan seorang pembuat tindak pidana sebagai penjabaran dari *MvT*. Beberapa ahli hukum pidana yang tidak sependapat dengan teori monistis, berpendapat keadaan hukum pidana di Belanda dan Indonesia terjadi kejanggalan, meskipun kesalahan sebagai sifat mutlak bagi pertanggungjawaban pidana, tetapi dalam praktik kesengajaan dan kealpaan masing-masing dianggap sebagai unsur tindak pidana (*strafbaar feit*), dan bukan unsur pertanggungjawaban

⁶⁸ S.R. Sianturi, *Asas-Asas Hukum Pidana di Indonesia...*, *Op. Cit.*, hlm. 205.

⁶⁹ Chairul Huda, *Op. Cit.*, hlm. 16.

⁷⁰ *Ibid*, hlm. 15.

⁷¹ *Ibid*, hlm. 17.

⁷² A. Z. Abidin. *Hukum Pidana I*, cet. II (Jakarta: Sinar Grafika, 2007), hlm. 346.

pidana. Untuk membentuk kitab undang-undang dalam bahasa Indonesia, yang tidak akan mengukuhkan terus sistem yang digunakan dalam WvS terhadap unsur kesengajaan, oleh karena dalam teks Belanda tempatnya kesengajaan di dalam kalimat rumusan undang-undang, mempunyai arti tertentu berhubungan dengan soal kesengajaan (*welke element worden door het opzet beheerst*), tempat mana tentu tidak dapat dipertahankan.⁷³

Pendirian dan harapan ini didasarkan atas pandangan bahwa kesalahan dalam suatu kejahatan sebagai unsur pertanggungjawaban pidana dan bukan sebagai unsur tindak pidana (*strafbaar feit*). *Psychisch element* (unsur *psychis*) merupakan *schuldsuubstrat* (dasar kesalahan) adalah termasuk dalam kesalahan (*schuld*), maka tidak mungkin menggolongkan *psychisch element* pada *strafbaar feit daer*.⁷⁴

Pada sisi yang lain, di dalam ajaran/doktrin dualisme, pengertian tindak pidana semata menunjuk kepada perbuatan baik secara aktif maupun secara pasif. Sedangkan apakah pelaku ketika melakukan tindak pidana patut dicela atau memiliki kesalahan, tidak lagi merupakan wilayah tindak pidana tapi sudah masuk pada diskusi pertanggungjawaban pidana/kesalahan. Dengan lain perkataan, apakah *inkonkreto* yang melakukan perbuatan tadi sungguh-sungguh dijatuhi pidana atau tidak, itu sudah diluar arti tindak pidana.⁷⁵

Pandangan yang memisahkan tindak pidana dengan pertanggungjawaban pidana, yaitu unsur utama dari pertanggungjawaban pidana hanyalah unsur kesalahan, dan kesalahan bukan sebagai unsur dari tindak pidana ini dikenal sebagai teori/asas *dualistis*. Ahli hukum pidana yang pertama kali yang mengemukakan teori *dualistis* adalah Herman Kantorowicz, seorang sarjana hukum pidana Jerman yang menulis buku yang berjudul *Tut und Schuld* pada tahun 1933.⁷⁶ Pandangan Moeljatno yang mengikuti pendapat Herman Kantorowicz ini banyak diikuti dan dikembangkan oleh ahli hukum pidana Indonesia di antaranya Roeslan Saleh, A. Z. Abidin, Barda Nawawi Arief dan Chairul Huda. Teori *dualistis* selain dipengaruhi oleh hukum pidana Jerman, juga banyak dipengaruhi oleh sistem hukum pidana yang dipakai oleh negara-negara Eropa Anglo-Saxon yang menggunakan *common law system*.

Adapun definisi tindak pidana menurut Naskah Akademis RKUHP adalah perbuatan melakukan atau tidak melakukan sesuatu yang oleh peraturan perundang-undangan dinyatakan sebagai perbuatan yang dilarang dan diancam dengan pidana. Untuk dinyatakan sebagai tindak pidana, selain perbuatan tersebut

⁷³ *Ibid*, hlm. 29.

⁷⁴ Moeljatno, *Asas-asas Hukum Pidana*, Op. Cit., hlm. 27.

⁷⁵ Moeljatno, *Perbuatan Pidana dan Pertanggungjawaban dalam Hukum Pidana*, Op. Cit., hlm. 11.

⁷⁶ Muladi dan Dwidja Priyatno. *Pertanggungjawaban Pidana Korporasi* (Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2010), hlm. 64.

dilarang dan diancam pidana oleh peraturan perundang-undangan, harus juga bersifat melawan hukum atau bertentangan dengan kesadaran hukum masyarakat.⁷⁷

Dasar untuk menyatakan suatu perbuatan sebagai tindak pidana atau bukan bertolak dari asas legalitas formal, namun demikian juga memberi tempat kepada hukum yang hidup/hukum tidak tertulis sebagai sumber hukum, rambu-rambunya yaitu sepanjang sesuai dengan nilai-nilai Pancasila dan/atau prinsip-prinsip hukum umum yang diakui oleh masyarakat bangsa-bangsa (nilai-nilai nasional dan internasional). Sesuai dengan nilai-nilai nasional yaitu Pancasila, artinya sesuai dengan nilai paradigma moral religius, nilai kemanusiaan, kebangsaan, demokrasi, dan nilai-nilai keadilan sosial. Sedangkan nilai-nilai internasional adalah mengacu/bersumber dari istilah *“the general principle of law recognized by the community of nations”* yang terdapat dalam Pasal 15 ayat (2) ICCPR (*International Covenant on Civil and Political Right*).⁷⁸

Dalam perkembangannya, RKUHP menganut teori *dualistis* sebagaimana tergambar pada Pasal 12 ayat (1) RKUHP yang mengatur bahwa, *“tindak pidana adalah perbuatan melakukan atau tidak melakukan sesuatu, yang oleh peraturan perundang-undangan diancam dengan pidana”*. Selanjutnya di dalam Pasal 12 ayat (2) RKUHP dinyatakan, *“untuk dinyatakan sebagai tindak pidana, suatu perbuatan yang diancam pidana oleh peraturan perundang-undangan harus juga bersifat melawan hukum atau bertentangan dengan hukum yang hidup dalam masyarakat”*. Hal mana selanjutnya di dalam Pasal 12 ayat (3) RKUHP dinyatakan, *“Setiap tindak pidana selalu dipandang bersifat melawan hukum, kecuali ada alasan pembenar”*.

Hal di atas semakin dipertegas dengan meletakkan rumusan pertanggungjawaban pidana dan kesalahan di dalam RKUHP tersebut. Di dalam Pasal 37 RKUHP dinyatakan, *“pertanggungjawaban pidana adalah kondisi terpenuhinya celaan yang objektif dan celaan yang subjektif untuk dapat dipidanya seseorang yang telah melakukan tindak pidana”*. Di mana selanjutnya berdasarkan Pasal 38A dinyatakan, *“pertanggungjawaban pidana meliputi unsur kemampuan bertanggung jawab, kesengajaan atau kealpaan, dan tidak ada alasan pemaaf”*. Adapun ketentuan mengenai “kesalahan” diatur di dalam Pasal 38 RKUHP yang berbunyi, *“tidak seorang pun yang melakukan tindak pidana dapat dipertanggungjawabkan tanpa adanya kesalahan”*.

Adapun mengenai tindak pidana dilakukan dengan “kesengajaan” dan “kealpaan”, di atur di dalam Pasal 40 RKUHP, yang berbunyi:

1. Seseorang hanya dapat dipertanggungjawabkan jika orang tersebut melakukan tindak pidana dengan sengaja atau karena kealpaan.

⁷⁷ Naskah Akademis RKUHP, *Op. Cit.*, hlm. 255.

⁷⁸ *Ibid.*

2. *Perbuatan yang dapat dipidana adalah perbuatan yang dilakukan dengan sengaja, kecuali peraturan perundang-undangan menentukan secara tegas bahwa suatu tindak pidana yang dilakukan dengan kealpaan dapat dipidana.*

Ketentuan di atas sejalan dengan RKUHP yang ada di dalam Naskah Akademik yang memfokuskan kepada 3 (tiga) masalah pokok dalam hukum pidana, yaitu tindak pidana, pertanggungjawaban pidana, serta pidana dan pemidanaan. Masing-masing merupakan subsistem dan sekaligus pilar-pilar dari keseluruhan bangunan sistem pemidanaan.

Dengan adanya rumusan asas perbuatan dan pembuatnya/pelakunya, yaitu asas yang mendasarkan kepada apa yang dilakukan dan siapa yang melakukannya, maka tindak pidana dan pertanggungjawaban pidana memperoleh pengaturan yang jelas. Adapun yang dimaksud dengan pertanggungjawaban pidana adalah diteruskannya celaan yang secara objektif ada pada tindak pidana berdasarkan ketentuan hukum yang berlaku, dan secara subjektif kepada pembuat yang memenuhi syarat dalam undang-undang (pidana) untuk dapat dikenai pidana karena perbuatannya.⁷⁹

Dengan diteruskannya celaan yang objektif ada pada tindak pidana berdasarkan ketentuan yang berlaku dan yang secara subjektif kepada pelaku yang memenuhi syarat-syarat dalam undang-undang (pidana) untuk dapat dipidana karena perbuatannya itu, maka timbullah hal pertanggungjawaban pidana. Masalahnya, apakah pelaku dapat dicela dengan dilakukannya perbuatan yang dilarang tersebut? Apabila dapat, maka berarti ia dapat dipidana, dalam hal dapat dibuktikan kesalahannya, baik dalam arti sengaja atau tidak karena kealpaannya.⁸⁰

Seseorang dikatakan bersalah apabila ia dapat dicela dipandang dari sudut kemasyarakatan, sebab ia dianggap semestinya dapat berbuat lain jika ia memang tidak ingin berbuat demikian, sedang yang dimaksud dengan kesalahan ialah keadaan jiwa seseorang yang melakukan perbuatan itu dalam hubungannya dengan perbuatannya, dan hubungan itu sedemikian hingga ia dapat dicela atas perbuatan tersebut.⁸¹

Apabila ia dapat dicela atas perbuatannya, maka ia dapat dipidana. Dengan demikian terlihat bahwa asas kesalahan merupakan asas yang fundamental dalam hukum pidana. Selain bahwa tidak dipidananya pelaku tindak pidana karena tidak adanya kesalahan padanya, maka juga terdapat alasan-alasan lain sebagai alasan untuk tidak dipidananya seseorang meskipun ia melakukan tindak pidana.⁸²

Alasan-alasan tersebut berupa alasan pemaaf (*schuld uitsluitingsgrond*), ialah alasan yang dihubungkan dengan kesalahan seseorang, sedang perbuatannya tetap

⁷⁹ *Ibid*, hlm. 29.

⁸⁰ *Ibid*.

⁸¹ *Ibid*.

⁸² *Ibid*, hlm. 30.

merupakan tindak pidana. Adapun alasan-alasan pemaaf ialah:⁸³

1. tidak dapat dipertanggungjawabkan pidana karena penyakit/gangguan jiwa;
2. tidak mengetahui adanya keadaan yang merupakan unsur tindak pidana;
3. daya paksa;
4. pembelaan terpaksa melampaui batas;
5. perintah jabatan yang tidak sah, yang dikira sah oleh pelaku berdasarkan itikad baik.

Selain adanya alasan pemaaf sebagai dasar hukum ditiadakkannya pidana, adalah adanya alasan pembeda (*rechtvaardigingsgrond*), yaitu alasan yang menghilangkan sifat melawan hukum dari perbuatan yang merupakan tindak pidana. Dengan adanya alasan pembeda maka perbuatan tersebut pada kenyataannya merupakan tindak pidana, dan alasan-alasan tersebut adalah:⁸⁴

1. adanya peraturan perundang-undangan;
2. pelaksanaan perintah jabatan yang sah;
3. keadaan darurat;
4. pembelaan terpaksa;

Konsekuensi logis dari hal di atas, maka setiap tindak pidana selalu dilakukan dengan kesengajaan, kecuali tindak pidana tertentu yang dilakukan dengan kealpaan. Untuk membedakan tindak pidana yang dilakukan dengan sengaja dan kealpaan, RKUHP mengatur unsur kesengajaan tidak perlu dicantumkan dalam rumusan tindak pidana, yang dicantumkan dalam rumusan tindak pidana hanya unsur kealpaan, karena telah diatur dalam Pasal 40 ayat (2) RKUHP bahwa setiap tindak pidana dilakukan dalam kesengajaan kecuali undang-undang menentukan secara tegas bahwa suatu tindak pidana dilakukan dengan kealpaan.

Apabila pengaturan di atas dipikirkan lebih lanjut, dalam pemeriksaan di persidangan dapat menimbulkan implikasi, yaitu penuntut umum tidak perlu lagi membuktikan unsur kesengajaan, karena unsur kesengajaan tidak tercantum secara tegas dalam rumusan tindak pidana. Apabila mengikuti pendapat *dualistis*, yang dicantumkan hanya unsur kealpaan akan berimplikasi terjadinya perbedaan kualifikasi. Apabila unsur kealpaan yang tercantum secara eksplisit itu tidak terbukti, maka akan mengakibatkan putusan yang menyatakan pembuat dibebaskan (*vrисjpraak*). Unsur kesengajaan yang tidak tercantum secara eksplisit dalam rumusan tindak pidana, dan unsur kesengajaan sebagai unsur pertanggungjawaban tidak terbukti, akan mengakibatkan pembuat dinyatakan lepas dari segala tuntutan hukum (*ontslag van alle rechtsvervolging*).⁸⁵

⁸³ *Ibid.*

⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁵ *Ibid.*

Dalam praktik peradilan, pengaruh rumusan Pasal 191 ayat (2) KUHP begitu kuat terhadap putusan hakim dalam menentukan tidak terbuktinya tindak pidana dengan putusan bebas (*vrijspraak*) dan putusan yang menyatakan pembuat dilepaskan dari segala tuntutan hukum (*ontslag van alle rechtsvervolging*). Pertimbangan-pertimbangan yang dibuat oleh hakim terdapat perbedaan dalam menentukan unsur sifat melawan hukum. Pertimbangan hakim tentang “kesalahan” juga cukup menarik untuk dikaji dari pandangan ilmu hukum pidana.⁸⁶

Kajian mengenai sifat melawan hukum (*wederrechtelijkheid*), kesalahan (*schuld*), tindak pidana dan pertanggungjawaban pidana, diharapkan dapat menambah pendalaman ilmu hukum pidana. Diperlukan konsep-konsep hukum teori-teori hukum dan asas-asas hukum pidana agar kajian atau pembahasannya dapat diterapkan dalam perumusan tindak pidana dalam perundang-undangan maupun penerapan dalam praktik peradilan. Kurang mendalamnya pertimbangan tentang sifat melawan hukum (*wederrechtelijkheid*) dan perbedaan pandangan Hakim tentang sifat melawan hukum (*wederrechtelijkheid*) dan kesalahan (*schuld*) dalam putusannya, akan dapat mengakibatkan perbedaan putusan pengadilan apakah terdakwa akan dinyatakan bebas (*vrijspraak*) atau akan dinyatakan lepas dari segala tuntutan hukum (*ontslag van alle rechtsvervolging*).⁸⁷

Sekalipun demikian, usaha tersebut harus terus menerus dikembangkan sehingga manfaatnya dapat lebih komprehensif sejalan dengan pandangan Andi Hamzah, “pemisahan tersebut hanya penting diketahui oleh penuntut umum dalam penyusunan surat dakwaan, karena surat dakwaan cukup berisi bagian inti (*bestandeel*) delik dan perbuatan nyata terdakwa, jadi *actus reus saja*.”⁸⁸ Mengingat pendapat di atas, maka dengan sendirinya juga sangat penting bagi penasihat hukum untuk menyusun pembelaan. Pada gilirannya Hakim juga perlu untuk memahami konsep ini dalam menyusun putusan.

C. Asas Tidak Berlaku Surut.

Mengenai asas “Ketentuan pidana dalam undang-undang tidak boleh berlaku surut.” Berlaku surut dikenal juga dengan istilah “retroaktif”. Asas ini merupakan asas undang-undang hukum pada umumnya dan juga merupakan asas hukum pidana sebagaimana tercantum dalam Pasal 1 ayat 1 KUHP.

Larangan keberlakuan surut ini untuk menegakkan kepastian hukum bagi penduduk, yang selayaknya ia harus tahu perbuatan apa yang merupakan tindak pidana atau tidak. Selain itu, asas nonretroaktif ini juga disebutkan dalam Pasal 281 Undang-undang Dasar RI Tahun 1945, yang berbunyi:

⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸ Andi Hamzah, *Op. Cit.*, hlm. 90.

*"Hak untuk hidup, hak untuk tidak disiksa, hak kemerdekaan pikiran dan hati nurani, hak beragama, hak untuk tidak diperbudak, hak untuk diakui sebagai pribadi di hadapan hukum, dan **hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut** adalah hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun"*

Semula dianut bahwa setiap orang dianggap (suatu fiksi) mengetahui isi undang-undang. Tetapi kemudian anggapan ini ditinggalkan dan diganti dengan suatu pendapat bahwa: "Setiap orang terikat pada suatu Undang-undang sejak ia dinyatakan berlaku". Pendapat ini telah ditegaskan dalam putusan Mahkamah Agung pada tahun 1955⁸⁹. Berarti bahwa setiap orang "tidak perlu merasa terikat" kepada Undang-undang (dalam hal ini hukum pidana) untuk melakukan suatu tindakan tertentu yang belum/tidak diancam dengan pidana, walaupun kelak ditentukan sebagai tindak pidana. Dengan perkataan seandainya ia melakukan suatu tindakan tertentu yang baru kemudian hari terhadap tindakan yang serupa diancam dengan pidana, penindak tidak dapat dipidana atas dasar ketentuan yang baru itu. Jika konsekuen asas "tidak berlaku surut" dianut, dalam hal sebaliknya pun seharusnya berlaku hal yang sama. Misalnya dalam hal seseorang melakukan suatu tindakan yang diancam dengan pidana menurut undang-undang, kemudian ketentuan pidana itu dihapuskan, sebelum penindak diadili, seharusnya penindak tetap dipidana berdasarkan ketentuan pidana (yang lama) yang berlaku pada saat tindakan dilakukan. Bukankah "ketentuan penghapusan pidana yang baru" itu, juga tidak boleh berlaku surut?⁹⁰ Penyimpangan dari asas nonretroaktif ini dalam KUHP sendiri diatur di dalam Pasal 1 ayat (2) KUHP, yang menyatakan: "*Suatu hukum yang lebih baru dapat berlaku surut, sepanjang hukum yang baru itu lebih menguntungkan bagi tersangka daripada hukum yang lama*". Pasal ini berlaku apabila seorang pelanggar hukum pidana belum diputus perkaranya oleh hakim dalam putusan terakhir. Ternyata sebagaimana ditentukan dalam Pasal 1 ayat (2) KUHP, asas "tidak berlaku surut" tersebut, tidak secara mutlak dianut.⁹¹

D. Asas Larangan Penggunaan Analogi.

Mengenai asas "Dilarang menggunakan analogi" dalam penerapan hukum pidana. Menggunakan analogi dalam hukum pidana berarti: menganggap "sesuatu" sebagai termasuk dalam pengertian dari suatu istilah/ketentuan Undang-undang hukum pidana, karena "sesuatu" itu banyak sekali kemiripannya atau kesamaannya dengan istilah/ketentuan tersebut. Dengan perkataan lain analogi terjadi, bilamana menganggap bahwa sesuatu peraturan hukum tertentu juga meliputi suatu hal yang

⁸⁹ Wirjono Prodjodikoro. *Azas-Azas Hukum Pidana di Indonesia* (Jakarta: Eresco, 1981), hal. 33.

⁹⁰ E.Y. Kanter dan S.R. Sianturi. *Asas-asas Hukum Pidana di Indonesia dan Penerapannya* (Jakarta: Stora Grafika, 2002), hlm. 76.

⁹¹ *Ibid.*

banyak kemiripannya/kesamaannya dengan yang telah diatur, padahal semulanya tidak demikian. Analogi biasanya terjadi dalam hal-hal ada "sesuatu" yang pada saat pembuatan sesuatu peraturan hukum, "sesuatu yang baru" itu tidak terpikirkan atau tidak mungkin dikenal oleh pembuat Undang-undang pada zaman itu.⁹²

Contoh terkenal mengenai penerapan analogi adalah tentang pencurian aliran listrik. Dipersoalkan apakah aliran listrik dianggap sebagai barang, dan apakah telah terjadi tindakan "mengambil"? HR (Hoge Raad) telah memutuskan bahwa aliran listrik termasuk dalam pengertian barang dan dengan demikian telah terjadi "pengambilan" sesuai istilah yang digunakan Pasal 362 KUHP, walaupun pada kenyataannya yang terjadi adalah penyalurannya. Pertimbangan HR adalah, bahwa maksud Pasal 362 KUHP adalah untuk melindungi harta orang lain, tanpa merumuskan apa yang dimaksud dengan barang (*arrest* HR tanggal 23 Mei 1921 W. 10728).⁹³

Di kalangan para sarjana, terdapat perbedaan pandangan tentang boleh/tidaknya menggunakan analogi. Mereka yang berpegang teguh pada asas legalitas pada umumnya tidak dapat menerima penggunaan analogi.⁹⁴ Sehubungan dengan dua contoh terdahulu, Tavarne berpendapat, bahwa penggunaan analogi telah dilakukan oleh HR yang juga disetujuinya. Dalam hal ini HR dianggap bertindak sebagai pembentuk Undang-undang (*rechts-vinding*)⁹⁵. Sebaliknya walaupun Van Hattum menyetujui putusan HR tersebut, namun beliau tidak sependapat bahwa dalam pengambilan putusan tersebut telah digunakan analogi. Selanjutnya Pompe mengatakan antara lain: "Pada umumnya analogi diperbolehkan dalam hal penyempurnaan undang-undang."⁹⁶

Ada yang melihat penggunaan analogi sebagai penyelesaian pertentangan yang terdapat dalam "tubuh" kepastian hukum yang dilindungi oleh Pasal I KUHP. Pertentangan tersebut terjadi antara kepentingan hukum individu dan kepentingan hukum masyarakat. Dari contoh pencurian aliran listrik misalnya, dapat dikatakan pada saat putusan dijatuhkan, kepentingan hukum individu telah dirugikan karena mengutamakan kepentingan masyarakat. Dan seandainya "contoh perandaian" tersebut di atas adalah suatu kenyataan, maka di sini pun jelas sekali ternyata pengutamaan kepentingan masyarakat, dengan sedikit mengesampingkan kepastian hukum.

Wirjono⁹⁷ mengemukakan pandangan pribadinya dengan menuliskan antara lain: "tetapi juga dapat dimengerti, bahwa tidak selalu memuaskan, apabila analogi

⁹² *Ibid.*

⁹³ Schreuder. *Het Wetboek van Strafrecht*, A.W. Sijthoff Uitgevers Maatschappij NV. Leiden, 1951, hlm. 100.

⁹⁴ Schreuder, *Op. Cit.* hlm. 81.

⁹⁵ Wirjono, *Op. Cit.* hal. 37.

⁹⁶ Pompe, *Op. Cit.* hal. 49.

⁹⁷ Wirjono, *Op. Cit.* hal. 38.

dilarang. Adakalanya dirasakan benar-benar sebagai adil, apabila dalam suatu hal tertentu analogi itu diperbolehkan". Selanjutnya dikatakan: "saya rasa, ukuran bagi boleh atau tidaknya suatu analogi adalah, apakah analog *inconcreto* tidak bertentangan dengan yang sekadar dapat diketahui dari maksud dan tujuan pembentuk Undang-undang dalam merumuskan ketentuan-ketentuan hukum pidana yang bersangkutan".

Jika diperhatikan benar-benar, analogi adalah merupakan penyelundupan terhadap asas kedua melalui asas pertama Pasal 1 ayat (1) KUHP. Artinya "sesuatu hal" dianggap termasuk dalam pengertian peraturan hukum (Undang-undang) yang sudah ada. Dengan demikian sesuatu hal itu dianggap sebagai merupakan peraturan hukum, yang mulai berlaku sejak berlakunya peraturan hukum, yang diboncenginya. Anggapan ini adalah suatu konstruksi hukum, yang dikehendaki oleh mereka yang memegang teguh asas legalitas, untuk mengatasi kebutuhan-kebutuhan baru.⁹⁸

⁹⁸ E.Y. Kanter dan S.R. Sianturi, *Op. Cit.*, hlm. 78.

III.

KESALAHAN, PERTANGGUNGJAWABAN PIDANA DAN SIFAT MELAWAN HUKUM

A. Pengertian Kesalahan dan Pertanggungjawaban Pidana

Dalam bahasa asing, pertanggungjawaban pidana disebut juga sebagai "*toerekenbaarheid*", "*criminal responsibility*", "*criminal liability*". Mengenai apa yang dimaksud dengan kemampuan bertanggungjawab (*toerekeningsvatbaarheid*) ini, KUHP tidak merumuskannya secara tegas, sehingga harus dicari dalam doktrin yang ada. Hal mana selanjutnya untuk adanya pertanggungjawaban pidana, suatu syarat yang diperlukan adalah si pembuat harus mampu bertanggung jawab, dengan kata lain harus ada kemampuan bertanggung jawab dari si pembuat.

Secara sederhana, didasarkan kepada doktrin yang ada, tidak ada kemampuan bertanggungjawab pada si pembuat, apabila:

1. Si pembuat tidak ada kebebasan untuk memilih antara berbuat dan tidak berbuat mengenai apa yang dilarang atau diperintahkan oleh undang-undang;
2. Si pembuat ada dalam suatu keadaan yang sedemikian rupa, sehingga tidak dapat menginsafi bahwa perbuatannya itu bertentangan dengan hukum dan tidak dapat menentukan akibat perbuatannya.

Adapun yang menjadi persoalan dalam kemampuan bertanggungjawab adalah apakah seseorang itu merupakan "*norm addressat*" (sasaran norma) yang mampu. Seseorang dianggap (*supposed*) dasarnya terdakwa pada bertanggungjawab, kecuali dinyatakan sebaliknya. KUHP tidak memuat perumusan mengenai kapan seseorang mampu bertanggungjawab, tetapi hanya memuat ketentuan yang menunjuk ke arah itu, seperti ditentukan dalam Buku I, Bab III, Pasal 44 KUHP, yang berbunyi: "*barang siapa melakukan perbuatan yang tidak dapat dipertanggungjawabkan kepadanya, karena jiwanya cacat dalam tumbuhnya atau terganggu jiwanya karena penyakit, tidak dipidana*".

Ketentuan pasal ini sebenarnya tidak memuat apa yang dimaksud dengan "tidak mampu bertanggungjawab", tetapi hanya memuat suatu alasan yang terdapat pada diri si pembuat, sehingga perbuatan yang dilakukannya itu tidak dapat dipertanggungjawabkan kepadanya. Alasan itu berupa keadaan pribadi si pembuat

yang bersifat biologis, yaitu "jiwanya cacat dalam tumbuhnya atau terganggu karena penyakit". Dalam keadaan yang demikian itu, si pembuat tidak punya kebebasan kehendak dan tidak dapat menentukan kehendaknya terhadap perbuatannya. Jadi, alasan tidak keadaan tersebut dapat menjadi dipertanggungjawabkannya si pembuat atas perbuatannya. Dapat dikatakan, pasal ini memuat syarat-syarat kemampuan bertanggungjawab seseorang secara negatif.⁹⁹

Jika dilakukan elaborasi lebih lanjut terhadap Pasal 44 KUHP itu, maka akan terlihat dua hal, yaitu: a. Penentuan bagaimana keadaan jiwa si pembuat. Yang bisa dan berwenang menentukan keadaan jiwa si pembuat pada saat ia melakukan perbuatan adalah dokter penyakit jiwa (psikiater); b. Menentukan hubungan kausal antara keadaan jiwa yang demikian itu dengan perbuatannya. Hal mana pada akhirnya yang berwenang untuk menentukan hal ini adalah Hakim yang memeriksa perkara tersebut.

Lebih lanjut dalam ketentuan Pasal 44 KUHP tersebut dapat dikatakan bahwa sistem yang dipakai dalam KUHP dalam menentukan tidak dapat dipertanggungjawabkannya si pembuat adalah deskriptif-normatif. "Deskriptif", karena keadaan jiwa itu digambarkan "menurut apa adanya" oleh Psikiater, dan "normatif", karena hakimlah yang menilai berdasarkan hasil pemeriksaan tadi, sehingga dapat menyimpulkan mampu dan tidak mempunya tersangka untuk bertanggungjawab atas perbuatannya, "Mempertanggungjawabkan" adalah suatu pengertian yang normatif.

Keadaan jiwa yang terganggu karena penyakit, ada pada mereka yang disebut "*psychose*". Tidak dapat dimasukkan dalam pengertian Pasal 44 KUHP tersebut adalah "cacat kemasyarakatan", misalnya keadaan seseorang yang karena kurang pendidikan atau telantar menjadi liar dan kejam. Demikian juga keadaan seseorang yang mempunyai watak yang sangat perasa dan mudah tersinggung.¹⁰⁰

Selanjutnya Sudarto,¹⁰¹ membedakan antara "tidak mampu bertanggungjawab untuk sebagian" dan "kekurangan kemampuan untuk bertanggungjawab".

Tidak mampu bertanggungjawab untuk sebagian (*gedeeltelijke ontoerekeningsvatbaarheid*), misalnya:

1. *Kleptomania*, ialah penyakit jiwa yang berupa dorongan yang kuat dan tak tertahan untuk mengambil barang orang lain, tetapi tak sadar bahwa perbuatannya terlarang. Biasanya barang yang dijadikan sasaran itu hanya barang tertentu saja, tidak terhadap seluruh barang. Sebagai contoh: mengambil pulpen milik orang lain, tetapi tidak mengambil barang jenis lain seperti *handphone*, motor, dan lain-lain.

⁹⁹ R. Sudarto. *Hukum Pidana I* (Semarang: Yayasan Sudarto Fakultas Hukum Undip Semarang, 1990), hlm. 94-95.

¹⁰⁰ *Ibid*, hlm. 95-96.

¹⁰¹ *Ibid*, hlm. 96-97.

2. *Pyromania*, ialah penyakit jiwa yang berupa kesukaan untuk melakukan pembakaran tanpa alasan sama sekali. Sebagai contoh: membakar kertas yang berakibat terbakarnya motor milik orang lain.
3. *Claustrophobia*, ialah penyakit jiwa yang berupa ketakutan untuk berada di ruang yang sempit. Sebagai contoh: penderitanya dalam keadaan tersebut, lalu memecahkan kaca jendela rumah orang lain.

Dalam keadaan-keadaan tersebut di atas, mereka yang dihindangi penyakit itu dapat tidak dipertanggung jawabkan atas perbuatannya, sepanjang ada hubungan dengan penyakit itu. Kalau antara penyakit dan perbuatannya tidak ada hubungannya, maka mereka tetap dapat dipidana. Misalnya, seorang pelaku *kleptomania* melakukan pembunuhan; seorang pelaku *pyromania* yang merampok; seorang yang menderita *claustrophobia* mencuri uang. Perbuatan-perbuatan mereka tersebut tidak ada hubungannya secara kausalitas dengan penyakitnya, sehingga mereka dianggap mampu bertanggungjawab secara penuh.

A. Z. Abidin mengatakan, bahwa kebanyakan undang-undang merumuskan syarat kesalahan secara negatif. KUHP di seluruh dunia pada umumnya tidak mengatur tentang kemampuan bertanggungjawab, namun yang diatur ialah kebalikannya, yaitu ketidakmampuan bertanggungjawab.¹⁰² Demikian halnya dengan ketentuan Pasal 44 KUHP yang berbunyi:

1. *Barang siapa melakukan perbuatan yang tidak dapat dipertanggungjawabkan padanya, disebabkan karena jiwanya cacat dalam tumbuhnya (gebrekkige ontwikkeling) atau terganggu karena penyakit, tidak dipidana.*
2. *Jika ternyata bahwa perbuatan tidak dapat dipertanggungjawabkan padanya disebabkan karena jiwanya cacat dalam tumbuhnya atau terganggu karena penyakit, maka hakim dapat memerintahkan supaya orang itu dimasukkan kedalam rumah sakit jiwa, paling lama satu tahun sebagai waktu percobaan.*

Pasal ini menentukan bahwa pelaku perbuatan pidana baru bisa dianggap tidak mampu bertanggung jawab atas perbuatannya, apabila dalam dirinya terjadi salah satu di antara dua hal, yaitu:¹⁰³

1. Jiwa pelaku mengalami cacat mental sejak pertumbuhannya, hingga akalinya menjadi kurang sempurna untuk membedakan antara yang baik dan yang buruk. Contohnya adalah tuna grahita/mental retardasi yang melakukan tindak pidana.
2. Jiwa pelaku mengalami gangguan kenormalan yang disebabkan oleh suatu penyakit, hingga akalinya menjadi kurang berfungsi secara sempurna atau

¹⁰² A. Z. Abidin, *Hukum Pidana I*, Op.Cit., hlm. 260. Lihat juga Roeslan Saleh, *Perbuatan... Op. Cit.*, hlm. 82.

¹⁰³ M. Abdul Kholiq. *Buku Pedoman Kuliah Hukum Pidana* (Yogyakarta: Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia, 2002), hlm. 130.

kurang optimal untuk membedakan hal-hal yang baik dan yang buruk. Contohnya adalah orang gila yang melakukan tindak pidana.

Terkait dua indikator kemampuan bertanggungjawab yang dirumuskan secara negatif di atas, Satochid Kartanegara menyatakan bahwa terdapat tiga metode untuk menentukan seseorang tidak dapat dipertanggungjawabkan terhadap tindak pidana yang dilakukannya, yaitu:¹⁰⁴

“*Pertama*, metode biologis. Pada metode yang pertama ini psikiater akan menyatakan bahwa terdakwa sakit jiwa atau tidak. Jika jawabannya adalah iya, maka terdakwa akan dipidana karena dia dinyatakan mampu bertanggung jawab atas tindak pidana yang telah dilakukannya. *Kedua*, metode psikologis. Pada metode yang kedua ini hubungan antara keadaan jiwa yang abnormal dengan perbuatannya menjadi penting. Akibat jiwa terhadap perbuatan seseorang menjadi penentu apakah orang tersebut dikatakan mampu bertanggung jawab dan pidana yang dijatuhkan secara teoretis dibenarkan. *Ketiga*, metode campuran antara biologis-psikologis. Pada metode yang ketiga ini, di samping memerhatikan keadaan jiwa seseorang, juga keadaan jiwa tersebut dinilai dengan perbuatannya untuk dinyatakan mampu tidaknya orang tersebut bertanggung jawab”.

Dalam perkembangannya, tiga metode yang dikemukakan oleh Satochid¹⁰⁵ tersebut mengalami modifikasi seiring dengan munculnya isu disabilitas. Berdasarkan kategorisasinya, terdapat lima kategori disabilitas, yaitu; (a) kategori intelektual yang jenisnya meliputi tuna grahita/mental retardasi dan *slow learner*; (b) kategori mobilitas yang jenisnya meliputi gangguan gerak (tunadaksa), gangguan anggota tubuh (kaki, tangan, dan lain-lain), *cerebral palsy*, *spinal cord injury*, *spinal bifida*, polio, *para plegia*, *hemy plegia*, dan amputas, (c) kategori psikososial yang jenisnya meliputi *attention defisit and hyperactivity disorder*; gangguan konsentrasi dan hiperaktif, kleptomania, sakit jiwa (*mentaly ill*), *schizopren*, psikotik, *delussion* (waham kebesaran), halusinasi, depresi, bipolar, *double personality*, *multiple personalty*, psikosomatik, dan tunalaras, (d) kategori sensoris yang jenisnya meliputi gangguan pendengaran (tunarungu), gangguan penglihatan (tunanetra), *low vision*, *total blind* dan kusta dan (e) kategori komunikasi yang jenisnya meliputi gangguan wicara, gangguan pendengaran,

¹⁰⁴ Satochid Kartanegara. “Hukum Pidana, Kumpulan Kuliah dan Pendapat-pendapat Para Ahli Hukum Pidana, Bagian Satu”, (Balai Lektur Mahasiswa, tt), hlm. 248-249.

¹⁰⁵ *International Clasiffication of Functioning* (ICF) menjelaskan dengan sangat tegas bahwa orang dikatakan mengalami disabilitas bukan hanya ditentukan dari individu dengan disabilitas bersangkutan, tetapi dari bagaimana lingkungan dapat menyesuaikan diri dengan individu yang mengalami disabilitas tersebut. ICF mendefinisikan orang dapat dikatakan mengalami disabilitas bila memenuhi tiga hal: (1) ada kerusakan pada fungsi tubuh, (2) ada hambatan beraktivitas, (3) ada halangan berpartisipasi.

tunagrahita berat, dan *celebral palsy* khusus yang mengalami gangguan otot mulut.¹⁰⁶

Selanjutnya nanti di dalam RKUHP, kemampuan bertanggungjawab tidak hanya dua hal sebagaimana dalam KUHP, tapi diperluas ruang lingkupnya, yaitu:

Pasal 40 RKUHP berbunyi:

Setiap orang yang pada waktu melakukan tindak pidana menderita gangguan jiwa, penyakit jiwa atau retardasi mental, tidak dapat dipertanggungjawabkan dan dijatuhi pidana, tetapi dapat dikenakan tindakan.

Pasal 41 RKUHP berbunyi:

Setiap orang yang pada waktu melakukan tindak pidana kurang dapat dipertanggungjawabkan karena menderita gangguan jiwa, penyakit jiwa, atau retardasi mental, pidananya dapat dikurangi atau dikenakan tindakan.

Pasal 40 RKUHP di atas menentukan, bahwa tidak dapat dipertanggungjawabkan seseorang dalam hukum pidana ditandai oleh adanya gangguan jiwa, penyakit jiwa dan retardasi mental. Tiga hal yang sama juga menjadi pertanda orang kurang mampu bertanggung jawab, sebagaimana di atur dalam Pasal 41 RKUHP.

Dengan perkataan lain apakah terdakwa akan dipidana atau dibebaskan. Jika ia dipidana, harus ternyata bahwa tindakan yang dilakukan itu bersifat melawan hukum dan terdakwa mampu bertanggung jawab. Kemampuan tersebut memperlihatkan kesalahan dari penindak yang berbentuk kesengajaan atau kealpaan Artinya tindakan tersebut tercela dan tertuduh menyadari tindakan yang dilakukan tersebut.

Hubungan penindak dengan tindakannya ditentukan oleh kemampuan bertanggungjawab dari penindak. Ia menginsafi hakikat dari tindakan yang akan dilakukannya, dapat mengetahui ketercelaan dari tindakannya dan dapat menentukan apakah akan dilakukannya tindakan tersebut atau tidak. Jika ia menentukan (akan) melaksanakan tindakan itu, maka bentuk hubungan itu adalah "sengaja" atau "alpa". Dan untuk penentuan tersebut, bukan sebagai akibat atau dorongan dari sesuatu, yang jika demikian penentuan itu berada di luar kehendaknya sama sekali.

Dengan perkataan lain untuk mengambil penentuan itu, bukan karena adanya pemaksaan baik dari luar maupun dari dalam dirinya, untuk mana akan terhapus kesalahannya. Atau dengan memakai istilah Roeslan Saleh, tiada terdapat "alasan pemaaf". Kesemuanya yang diuraikan di atas yaitu kemampuan bertanggung jawab, bentuk kehendak dengan sengaja atau alpa, tiada terhapus kesalahannya

¹⁰⁶ Uraian lengkap mengenai kategori disabilitas, jenis, kendala dan hambatan khusus, baca "Peradilan yang *Fair* bagi penyandang Disabilitas", Pusham UII, Yogyakarta, 2014.

atau tiada terdapat alasan pemaaf, adalah termasuk dalam pengertian kesalahan (*schuld*) menurut Roeslan Saleh.¹⁰⁷

Jika berbicara tentang pertanggungjawaban pidana maka tidaklah dapat dilepaskan dari adanya unsur “kesalahan”, hal ini berkenaan dengan suatu asas fundamental dalam mempertanggungjawabkan pelaku karena melakukan tindak pidana, yaitu dengan asas “tiada pidana tanpa kesalahan”.

Menurut Simons yang dikutip oleh Roeslan Saleh:¹⁰⁸ “Bahwa “kesalahan” adalah keadaan *psychis* orang yang melakukan perbuatan dan hubungannya dengan perbuatan, yang dilakukan sedemikian rupa, sehingga orang itu dapat dicela karena perbuatan tersebut. Dalam hal ini yang harus diperhatikan adalah: (1) keadaan batin dari orang yang melakukan perbuatan itu; (2) hubungan antara keadaan batin itu dengan perbuatan yang dilakukan sedemikian rupa, sehingga orang itu dapat dicela karena perbuatan tadi. Kedua hal tersebut terjalin erat satu dengan yang lain dan merupakan hal yang dinamakan kesalahan”.

Senada dengan pendapat Simons, menurut Sutorius¹⁰⁹ dalam tulisannya yang berjudul *Het Schuldbeginself/Opzet en de Varianten Daarvan*, mengatakan: “Bahwa orang tidak dapat bicara tentang kesalahan tanpa adanya perbuatan tercela atau yang tidak patut. Karena itu di dalam asas tiada pidana tanpa kesalahan itu diartikan sebagai tiada pidana tanpa perbuatan tidak patut yang objektif yang dapat dicelakan kepada pelakunya. Kesalahan memandang hubungan antara perbuatan tidak patut dan pelakunya sedemikian rupa, sehingga perbuatan itu dalam arti yang sesungguhnya merupakan perbuatannya.

Dalam hal ini, Roeslan Saleh berpendapat:¹¹⁰

“Bahwa untuk menentukan adanya kemampuan bertanggungjawab itu ditentukan pertama-tama oleh akal, yaitu dapat atau mampu membedakan antara perbuatan yang diperbolehkan dan yang tidak diperbolehkan. Tetapi mengenai faktor kedua, yaitu faktor kehendak bukanlah merupakan faktor dalam menentukan mampu tidaknya orang bertanggungjawab”.

Dikatakan demikian, karena menurut Roeslan Saleh:¹¹¹

“Kehendak itu bergantung dan merupakan kelanjutan saja dari akal, yaitu bilamana akalnya sehat dan normal, artinya bilamana seorang itu mampu membedakan antara perbuatan yang diperbolehkan dan yang tidak diperbolehkan, maka oleh hukum diharuskanlah orang itu menentukan kehendaknya sesuai dengan yang diperbolehkan oleh hukum. Karenanya,

¹⁰⁷ Roeslan Saleh, *Perbuatan pidana...*, *Op. Cit.*, hlm. 71.

¹⁰⁸ *Ibid*, hlm. 78.

¹⁰⁹ E.Ph. Sutorius, “Het Schuldbeginself/Opzet en de Varianten Daarvan”, Alih Bahasa Wonosutanto, (Bahan Penataran Hukum Pidana Angkatan I, Semarang, FH-UNDIP, 6 - 28 Agustus 1987), hlm. 2.

¹¹⁰ Roeslan Saleh, *Perbuatan pidana...*, *Op. Cit.*, hlm. 80.

¹¹¹ *Ibid*.

maka faktor kehendak bukanlah merupakan faktor yang menentukan kemampuan bertanggungjawab, yaitu yang menentukan mampu atau tidaknya bertanggungjawab, melainkan hanya merupakan salah satu faktor yang ikut menentukan kesalahan, yaitu salah satu unsur dari kesalahan”.

Pembahasan lebih lanjut tentang pertanggungjawaban pidana ini menunjukkan adanya pandangan-pandangan monistis dan dualistis. Pandangan yang monistis ini antara lain dikemukakan oleh Simons yang merumuskan “tindak pidana sebagai suatu perbuatan hukum yang diancam dengan hukuman, bertentangan dengan hukum, dilakukan oleh seorang yang bersalah dan orang itu dianggap bertanggungjawab atas perbuatannya”. Menurut aliran monisme ini, unsur-unsur perbuatan atau disebut unsur objektif, maupun unsur pembuat (subjektif). Dengan dicampurnya unsur perbuatan dan unsur pembuatnya, maka dapat dikatakan bahwa tindak pidana disatukan dengan syarat-syarat penjatuhan pidana. Sehingga seolah-olah dianggap bahwa kalau terjadi tindak pidana, maka pelakunya pasti dapat dipidana.

Menyinggung tentang pertanggungjawaban pidana, Barda Nawawi Arief menyatakan pula:¹¹²

“Bahwa untuk adanya pertanggungjawaban pidana, harus jelas terlebih dahulu siapa yang dapat dipertanggungjawabkan. Ini berarti harus dipastikan lebih dahulu siapa yang dinyatakan sebagai pembuat untuk suatu tindakan tertentu. Masalah ini menyangkut masalah subjek tindak pidana yang pada umumnya sudah dirumuskan oleh pembuat undang-undang untuk tindak pidana yang bersangkutan”.

Namun dalam kenyataannya, untuk memastikan siapa pembuat adalah tidak mudah. Kemudian setelah pembuat ditetapkan, bagaimana selanjutnya mengenai pertanggungjawaban pidananya? Oleh karena permasalahan dalam menentukan pertanggungjawaban pidana ini merupakan segi lain dari subjek tindak pidana yang dapat dibedakan dari masalah si pembuat. Artinya pengertian subjek tindak pidana dapat meliputi dua hal, yaitu siapa yang melakukan tindak pidana (pembuat) dan siapa yang dapat dipertanggungjawabkan. Pada umumnya yang dapat dipertanggungjawabkan dalam hukum pidana adalah si pembuat, tapi tidaklah selalu demikian. Masalah ini tergantung juga pada cara atau sistem perumusan pertanggungjawaban yang ditempuh oleh pembuat undang-undang”.¹¹³

Pompe, mengatakan bahwa ada kesalahan jika perbuatan yang dilakukan oleh terdakwa *verwiltbaar* (dapat dicela) dan *vermijdbaar* (dapat dihindari). Mezger menerangkan bahwa kesalahan adalah adanya syarat-syarat yang mendasarkan celaan pribadi terhadap orang yang melakukan perbuatan. Sementara menurut Moeljatno, kesalahan adalah adanya keadaan psikis yang tertentu pada orang yang

¹¹² Barda Nawawi Arief, “Masalah Pemidanaan Sehubungan dengan Perkembangan Delik-delik Khusus dalam Masyarakat Modern”, *Op. Cit.*, hlm. 105 – 107.

¹¹³ *Ibid.*

melakukan perbuatan pidana dan adanya hubungan antara keadaan tersebut dengan perbuatan yang dilakukan yang sedemikian rupa, hingga orang itu dapat dicela karena melakukan perbuatan tadi. Dengan demikian, untuk adanya kesalahan harus dipikirkan dua hal di samping melakukan perbuatan pidana, yaitu: pertama, adanya keadaan psikis (batin) yang tertentu, dan kedua, adanya hubungan yang tertentu antara keadaan batin tersebut dengan perbuatan yang dilakukan, hingga menimbulkan celan tadi.¹¹⁴

Mengenai masalah keadaan batin orang yang melakukan perbuatan adalah apa yang dalam teori merupakan masalah "kemampuan bertanggungjawab" (*toerekeningsverbaarheid*). Ini adalah dasar yang penting untuk adanya kesalahan, sebab bagaimanapun juga, keadaan jiwa terdakwa harus demikian rupa hingga dapat dikatakan sehat/normal. Hanya terhadap orang-orang yang keadaan jiwanya normal sajalah, dapat kita harapkan akan mengatur tingkah lakunya sesuai dengan pola yang telah dianggap baik dalam masyarakat. Sebab kalau keadaan jiwanya normal, tentu fungsinya pun normal pula. Sebaliknya, kalau keadaan jiwanya tidak normal, fungsinya juga tidak baik, sehingga ukuran-ukuran yang berlaku dalam masyarakat tidak sesuai baginya. Bagi mereka tidak ada guna diadakan pertanggungjawaban. Mereka harus dirawat atau dididik dengan cara yang tepat. Bahwa mereka ini tidak dapat dipertanggungjawabkan, dinyatakan dalam Pasal 44 KUHP.¹¹⁵

Mengenai **hubungan antara keadaan jiwa dengan perbuatan** yang dilakukan, yang menimbulkan celan. Hal ini terkait dengan masalah, apakah perbuatan pidana yang telah dilakukan, juga diinsafi, dimengerti oleh si pelaku? Apakah tidak ada salah paham atau salah sangka disitu? Hal ini berhubungan dengan kesengajaan (*opzet, dolus*). Perbuatan-perbuatan yang dilakukan dengan penuh keinsafan atau yang dilakukan dengan kesengajaan dinamakan *delik dolus*. Di samping itu ada yang dinamakan *delik culpa* yaitu delik yang dilakukan dengan kealpaan, yang menurut wujudnya ada dua macam, yaitu: delik *culpa* yang sesungguhnya dan delik *culpa* yang tidak sesungguhnya.

Delik *culpa* yang sesungguhnya adalah delik yang dirumuskan secara material dimana akibat yang dilarang tidak diinsafinya lebih dulu bahwa akan terjadi, pendek kata tidak disengaja oleh terdakwa, tetapi akibat tersebut mungkin akan bisa timbul karena dia alpa atau lalai untuk melakukan kewajiban-kewajiban dilakukan olehnya supaya akibat tidak timbul. Contoh: Pasal 188 KUHP (Menimbulkan kebakaran karena kealpaan).

Delik *culpa* yang tidak sesungguhnya, adalah delik formal, dimana sesuatu unsur tidak dimengerti sebagai demikian, tetapi cukuplah kalau tidak diinsafi unsur tersebut disebabkan karena kealpaan atau kelalaian. Sebenarnya, delik *culpa* yang

¹¹⁴ Moeljatno, *Op. Cit.*, hlm. 170-171.

¹¹⁵ *Ibid*, hlm. 172-173.

tidak sesungguhnya ini adalah delik *dolus*, dimana sesuatu keadaan yang menyertai perbuatan di *culpa*-kan. Misalnya dalam Pasal 480 KUHP (penadahan), apabila barang-barang yang dibelinya itu diketahui berasal dari kejahatan itu disebut penadahan *dolus* (*opzettelijke heling*). Kalau asal barang tersebut tidak diketahuinya, akan tetapi tidak tahunya itu disebabkan karena kealpaan atau kelalaian maka di situ ada penadahan yang *culpa* (*culpose heling*). Keduanya, baik yang *dolus* maupun yang *culpa* diatur dalam Pasal 480 KUHP. Begitu pula dengan Pasal 287 ayat (1) KUHP: Bersetubuh dengan wanita di luar perkawinan, padahal diketahui atau sepatutnya harus diduganya bahwa umurnya belum 15 tahun, atau kalau umurnya tidak jelas, bahwa belum waktunya untuk dikawini, diancam dengan pidana penjara paling lama sembilan tahun.¹¹⁶

Menurut Sudarto, pengertian kesalahan meliputi:¹¹⁷

1. Kesalahan dalam arti yang seluas-luasnya, yang dapat disamakan dengan pengertian "pertanggung-jawaban dalam hukum pidana"; di dalamnya terkandung makna dapat dicelanya (*verwijtbaarheid*) si pembuat atas perbuatannya. Apabila orang dikatakan bersalah melakukan suatu tindak pidana, maka itu berarti bahwa ia dapat dicela atas perbuatannya.
2. Kesalahan dalam pengertian yuridis, yaitu bentuk kesalahan (*schuldvorm*) yang berupa "kesengajaan". (*dolus*, *opzet*, *vorzats* atau *intention*) atau "kealpaan" (*culpa*, *onachtzaamheid*, *nelatigheid*, *fahrlässigkeit* atau *negligence*).
3. Kesalahan dalam arti sempit, ialah kealpaan (*culpa*) seperti yang disebutkan dalam b. di atas. Pemakaian istilah "kesalahan" dalam arti ini sebaiknya dihindarkan dan digunakan saja istilah "kealpaan".

Selanjutnya Sudarto mengatakan bahwa kesalahan (dalam arti yang seluas-luasnya) terdiri atas beberapa unsur, yaitu:¹¹⁸

1. Adanya kemampuan bertanggung jawab pada si pembuat. Artinya keadaan jiwa si pembuat harus normal.
2. Hubungan batin antara si pembuat dengan perbuatannya, yang berupa kesengajaan (*dolus*) atau kealpaan (*culpa*).
3. Tidak adanya alasan yang menghapus kesalahan atau tidak ada alasan pemaaf.

Kalau ketiga unsur ini ada, maka orang yang bersangkutan bisa dinyatakan bersalah atau mempunyai pertanggung jawaban pidana, sehingga bisa dipidana. Dalam pada itu harus diingat bahwa untuk adanya kesalahan dalam arti seluas-luasnya (pertanggungjawaban pidana), orang yang bersangkutan harus dinyatakan lebih dulu bahwa perbuatannya bersifat melawan hukum. Apabila perbuatannya

¹¹⁶ *Ibid*, 173-174.

¹¹⁷ R. Sudarto, *Op. Cit.* Hlm. 89-90.

¹¹⁸ *Ibid*.

tidak melawan hukum, maka tidak ada perlunya untuk menetapkan kesalahan si pembuat. Sebaliknya, seseorang yang melakukan perbuatan yang melawan hukum, tidak dengan sendirinya mempunyai kesalahan, artinya tidak dengan sendirinya dapat dicela atas perbuatan itu.

Itulah sebabnya, maka kita harus senantiasa menyadari akan dua pasangan dalam syarat-syarat pembedaan, ialah adanya:

1. Dapat dipidanya perbuatan (*strafbaarheid van het feit*).
2. Dapat dipidanya si pembuat (*strafbaarheid van de persoon*).¹¹⁹

Pada umumnya, kesalahan dapat dibagi menjadi: kesengajaan (diketahui dan dikehendaki) dan kealpaan (tidak berhati-hati). Dengan demikian dapat dikatakan, kesengajaan (*dolus*) dan kealpaan (*culpa*) adalah bentuk-bentuk lain dari kesalahan (*schuldvormen*). Kesengajaan (*dolus*), dibedakan lagi menjadi:

1. Kesengajaan sebagai maksud = maksud untuk menimbulkan akibat tertentu.
2. Kesengajaan sebagai kepastian (sadar keharusan) = akibat yang (secara primer) tidak dikehendaki pasti terjadi.
3. Kesengajaan sebagai kemungkinan (kesengajaan bersyarat atau *dolus eventualis*) =
 - Akibat yang (secara primer) tidak dikehendaki hampir pasti terjadi, atau
 - Dipandang sebagai kemungkinan yang tidak dapat diabaikan (sadar kemungkinan) tetapi diterima.¹²⁰

Sudarto mengatakan, bahwa dalam ilmu pengetahuan, dikenal beberapa macam kesengajaan, yaitu:¹²¹

1. ***Dolus premeditatus***

Terdapat dalam delik-delik yang dirumuskan dalam Pasal 353, 340, 342 KUHP. Dalam delik-delik ini terdapat unsur "dengan rencana lebih dahulu" (*met voorbedachte rade*). Istilah tersebut meliputi bagaimana terbentuknya kesengajaan dan bukan merupakan corak atau tingkat kesengajaan.

Menurut *M.v.T.*, untuk "*voorbedachte rade*" diperlukan "saat memikirkan dengan tenang" ("*een tijdstip van kalm overleg, van bedaard nadenken*"). Untuk dapat dikatakan "ada rencana lebih dulu", si pembuat sebelum atau ketika melakukan tindak pidana tersebut, memikirkan secara wajar tentang apa yang ia lakukan atau yang akan ia lakukan.

Bagaimana menentukan adanya unsur tersebut? Apabila tidak ada pengakuan, maka harus disimpulkan dari hal-hal yang lahir (*objective omstandigheden*), ialah dari apa yang terjadi sebelumnya atau apa yang dilakukan si pembuat sebelumnya.

¹¹⁹ *Ibid*, hlm. 91-92.

¹²⁰ D. Schaffmesiter, N. Keijzer dan P.H. Sutorius. *Hukum Pidana, Op. Cit.*, hlm. 86.

¹²¹ R. Sudarto, *Op. Cit*, hlm. 119-121.

2. *Dolus determinatus dan indeterminatus.*

Unsurnya ialah pendirian bahwa kesengajaan dapat lebih pasti atau pada *dolus determinatus*, pembuat misalnya menghendaki matinya orang tertentu, sedang pada *dolus indeterminatus* pembuat misalnya menembak ke arah gerombolan orang, atau menembak penumpang-penumpang dalam mobil yang tidak mau disuruh berhenti, atau meracun *reservoir* air minum, dan sebagainya.

3. *Dolus alternativus*

Dalam hal ini, si pembuat menghendaki atau A atau B, akibat yang satu atau yang lain.

4. *Dolus indirectus, Versari in re illicita*

Ajaran tentang "*dolus indirectus*" mengatakan, bahwa semua akibat dari perbuatan yang disengaja, dituju atau tidak dituju, diduga atau tidak diduga, itu dianggap sebagai hal yang ditimbulkan dengan sengaja. Ajaran ini dengan tegas ditolak oleh pembentuk undang-undang. *Code Penal* Perancis masih mengenal macam *dolus* ini. *Dolus* ini ada, apabila dari suatu perbuatan yang dilarang dan dilakukan dengan sengaja timbul akibat yang tidak diinginkan. Misalnya A dan B berkelahi, A memukul B, B jatuh dan dilindas mobil. Ini oleh *Code Penal* dipandang sebagai "*meutre*".

Menurut van Hattum,¹²² Ajaran *dolus indirectus* ini mengingatkan orang kepada ajaran kuno (hukum kanonik) tentang pertanggung-jawab, ialah *versari in re illicita*. Menurut ajaran ini seseorang yang melakukan perbuatan terlarang juga dipertanggung-jawabkan atas semua akibatnya. Si pelaku tetap dipertanggungjawabkan dalam hukum pidana, meskipun akibat itu tidak dapat dibayangkan sama sekali olehnya dan timbul secara kebetulan. Di Inggris dan Spanyol pengertian *dolus indirectus* adalah sama dengan apa yang kita sebut "*dolus eventualis*".

5. *Dolus directus*

Dolus directus berarti bahwa kesengajaan si pembuat tidak hanya ditujukan kepada perbuatannya, melainkan juga kepada akibat perbuatannya.

6. *Dolus generalis*

Pada delik materiel harus ada hubungan kausal antara perbuatan terdakwa dan akibat yang tidak dikehendaki undang-undang.¹²³ Bentuk lain dari kesalahan di

¹²² W.F.C. Van Hattum. *Hand en Leerboek Van Het Nederlandse Strafrecht I* (Gravenhage: S.Gouda Quint D.Brouwer en Zoon Arnhem, Martinous Nijhoff, 1953), hlm. 269-270.

¹²³ R. Sudarto, *Op. Cit.*, hlm. 119-121.

samping kesengajaan seperti tersebut di atas adalah Kealpaan (*culpa*). KUHP kita tidak menjelaskan apa yang dimaksud dengan kealpaan.

Menurut *MvT*, kealpaan adalah ada keadaan yang sedemikian membahayakan keamanan orang atau barang, atau mendatangkan kerugian terhadap seseorang yang sedemikian besarnya dan tidak dapat diperbaiki lagi, sehingga undang-undang juga bertindak terhadap kekurangan kehati-hatian, sikap sembrono (*teledor*), pendek kata "*schuld*" (kealpaan yang menyebabkan keadaan tadi). Ada 3 macam unsur yang masuk dalam kealpaan (*onachtzaamheid*):¹²⁴

1. dapat mengirakan (*kunnen verwachten*) timbulnya akibat;
2. mengetahui adanya kemungkinan (*kennen der mogelijkheid*);
3. dapat mengetahui adanya kemungkinan (*kunnen kennen van de mogelijkheid*).

Tetapi nomor 2 dan 3 hanya apabila mengetahui atau dapat mengetahuinya itu menyangkut juga kewajiban untuk menghindarkan perbuatannya (= untuk tidak melakukan perbuatan).¹²⁵

Kealpaan (*culpa*), dibedakan menjadi:¹²⁶

1. Kealpaan yang disadari = akibat yang (secara primer) tidak dikehendaki dianggap dengan sembrono tidak akan terjadi.
2. Kealpaan yang tidak disadari: orang tidak berpikir meskipun dia seharusnya berpikir.

Pengkajian mengenai kesalahan dan pertanggungjawaban pidana, selain dilakukan terhadap hukum yang berlaku, juga terhadap hukum yang dicita-citakan. Sekalipun hingga kini dalam hukum pidana Indonesia, asas "tiada pidana tanpa kesalahan", masih merupakan asas hukum yang tidak tertulis, tetapi hal ini telah mendapat penegasan dalam Rancangan Kitab Undang-undang Hukum Pidana (RKUHP). Demikian misalnya dalam Pasal 35 ayat (1) RKUHP dirumuskan, "tidak seorang pun dapat dipidana tanpa kesalahan". Dalam ketentuan ini terkandung asas "tiada pidana tanpa kesalahan". Dengan demikian, asas yang menjadi pangkal tolak teori pemisahan tindak pidana dan pertanggungjawaban pidana, telah menjadi bagian pembaruan hukum pidana.

Selain itu, pemisahan tindak pidana dan pertanggungjawaban pidana sebagai konsep yang mendasari penyusunan RKUHP, secara eksplisit tampak dalam Penjelasan Pasal 35 RKUHP. Dikatakan bahwa "dalam pengertian tindak pidana tidak termasuk pertanggungjawaban pidana". Dengan demikian, RKUHP mengikuti konsep pemisahan antara 'tindak pidana' sebagai "*criminal act*" dan

¹²⁴ *Ibid.*

¹²⁵ *Ibid*, hlm. 124-125.

¹²⁶ D. Schaffmesiter, N. Keijzer dan P.H. Sutorius, *Op. Cit*, hlm. 86.

'pertanggungjawaban pidana' sebagai "*criminal responsibility*".¹²⁷ Dikaitkan dengan pengertian-pengertian sebagaimana disebut di atas, dalam RKUHP, nantinya "tindak pidana" dirumuskan dengan, "tindak pidana adalah perbuatan melakukan atau tidak melakukan sesuatu yang oleh peraturan perundang-undangan dinyatakan sebagai perbuatan yang dilarang dan diancam dengan pidana."¹²⁸

Terkait dengan pembahasan mengenai kesalahan dan pertanggungjawaban pidana, maka menurut Roeslan Saleh,¹²⁹ mempertanyakan, apakah yang dimaksud bahwa seseorang itu bertanggung jawab atas perbuatannya. Penulis-penulis pada umumnya, menurut Roeslan Saleh, tidak membicarakan tentang konsepsi pertanggungjawaban pidana. Dikatakan oleh Roeslan, bahwa mereka telah mengadakan analisis atas konsepsi pertanggungjawaban pidana, yaitu dengan berkesimpulan bahwa "orang yang bertanggung jawab atas apa yang telah dilakukannya haruslah melakukan perbuatan itu dengan "kehendak bebas". Sebenarnya jika hanya demikian saja mereka tidaklah membicarakan tentang konsepsi pertanggungjawaban pidana, melainkan membicarakan ukuran-ukuran tentang mampu bertanggung jawab dan karenanya dipandang adanya pertanggungjawaban pidana.

Lebih lanjut sebagaimana dikatakan oleh Roeslan Saleh¹³⁰ bahwa:

"Mereka mencari dan menegaskan tentang syarat-syarat bagaimana yang harus ada makanya seseorang dapat dikatakan bertanggung jawab atas suatu tindak pidana. Tetapi hasil dari penelitiannya itu tidak memberikan suatu keterangan sekitar apakah yang dimaksud bahwa seseorang itu bertanggung jawab atas perbuatannya. Justru jawaban atas pertanyaan inilah sebenarnya yang perlu mendapat pemikiran.

Pertanggung jawaban dan pidana adalah ungkapan-ungkapan yang terdengar dan digunakan dalam percakapan sehari-hari dalam moral, agama, dan hukum. Tiga unsur itu berkaitan satu dengan yang lain, dan berakar dalam satu keadaan yang sama, yaitu adanya pelanggaran terhadap suatu sistem aturan-aturan.

Sistem aturan-aturan ini dapat bersifat luas dan aneka macam (hukum perdata, hukum pidana, aturan moral dan sebagainya). Kesamaan dari ketiga-tiganya adalah bahwa mereka meliputi suatu rangkaian aturan tentang tingkah laku yang diikuti oleh setiap kelompok tertentu. Jadi, sistem yang melahirkan konsepsi kesalahan, pertanggungjawaban, dan pemidanaan itu adalah sistem yang normatif".

¹²⁷ Soetandyo Wignjosoebroto. *Dari Hukum Kolonial Ke Hukum Nasional; Dinamika Sosial-Politik dalam Perkembangan Hukum di Indonesia* (Jakarta: Raja Grafindo Persada, 1994), hlm. 201.

¹²⁸ RKUHP edisi 2014, Pasal 11.

¹²⁹ Roeslan Saleh. *Pikiran-Pikiran Tentang Pertanggungjawaban Pidana*, cet. I (Jakarta: Ghalia Indonesia, 1982), hlm. 33.

¹³⁰ *Ibid.*

Dengan mengutip Alf Ross, Roeslan Saleh memberi jawaban bahwa bertanggungjawab atas suatu perbuatan pidana berarti yang bersangkutan secara sah dapat dikenai pidana karena perbuatan itu.¹³¹

Secara teoretis, perbincangan mengenai pertanggungjawaban pidana pasti didahului oleh ulasan tentang tindak pidana, sekalipun dua hal tersebut berbeda baik secara konseptual maupun aplikasinya dalam praktik penegakan hukum. Di dalam pengertian tindak pidana tidak termasuk pengertian pertanggungjawaban pidana. Tindak pidana hanya menunjuk kepada dilarang dan diancamnya perbuatan dengan suatu ancaman pidana. Apakah orang yang melakukan perbuatan kemudian dijatuhi pidana, tergantung apakah dalam melakukan perbuatan itu orang tersebut memiliki kesalahan.¹³² Dengan demikian, membicarakan pertanggungjawaban pidana mau tidak mau harus didahului dengan penjelasan tentang perbuatan pidana. Sebab seseorang tidak bisa dimintai pertanggungjawaban pidana tanpa terlebih dahulu ia melakukan perbuatan pidana. Adalah dirasakan tidak adil jika tiba-tiba seseorang harus bertanggung jawab atas suatu tindakan, sedang ia sendiri tidak melakukan tindakan tersebut.¹³³

Dalam hukum pidana, konsep mengenai “pertanggungjawaban” merupakan konsep sentral yang dikenal dengan ajaran kesalahan. Dalam bahasa latin ajaran kesalahan dikenal dengan sebutan *mens rea*. Doktrin *mens rea* dilandaskan pada suatu perbuatan tidak mengakibatkan seseorang bersalah kecuali jika pikiran orang itu jahat. Dalam bahasa Inggris, doktrin tersebut dirumuskan dengan *an act does not make a person guilty, unless the mind is legally blameworthy*. Berdasarkan asas tersebut, ada dua syarat yang harus dipenuhi untuk dapat memidana seseorang, yaitu ada perbuatan lahiriah yang terlarang/perbuatan pidana (*actus reus*), dan ada sikap batin jahat/tercela (*mens rea*).¹³⁴

Lalu apakah yang dimaksud dengan pertanggungjawaban pidana? Roeslan Saleh menyatakan bahwa pertanggungjawaban pidana diartikan sebagai diteruskannya celaan yang objektif yang ada pada perbuatan pidana dan secara subjektif memenuhi syarat untuk dapat dipidana karena perbuatannya itu.¹³⁵ Lebih sederhananya adalah bahwa dasar adanya tindak pidana adalah asas legalitas, sedangkan dasar dapat dipidananya pembuat adalah asas tiada pidana tanpa kesalahan (disingkat dengan asas kesalahan). Hal ini berarti bahwa pembuat tindak pidana hanya akan dipidana jika ia mempunyai kesalahan dalam melakukan tindak pidana tersebut.

¹³¹ *Ibid.*

¹³² Moeljatno, *Asas-asas Hukum Pidana*, Op.Cit., hlm. 165. Lihat juga Moeljatno, *Perbuatan Pidana...*, Op.Cit., hlm. 25.

¹³³ Roeslan Saleh, *Perbuatan Pidana dan Pertanggungjawaban...*, Op.Cit., hlm. 20-23.

¹³⁴ Hanafi. “Reformasi Sistem Pertanggungjawaban Pidana”, *Jurnal Hukum*, Vol. 6, No. 11, 1999, hlm. 27.

¹³⁵ Roeslan Saleh, *Perbuatan Pidana dan Pertanggungjawaban...*, Op.Cit., hlm. 75.

Khusus terkait celaan objektif dan celaan subjektif ini, Sudarto mengatakan bahwa dipidananya seseorang tidaklah cukup apabila orang itu telah melakukan perbuatan yang bertentangan dengan hukum atau bersifat melawan hukum (celaan objektif). Jadi meskipun perbuatan tersebut memenuhi rumusan delik dalam undang-undang dan tidak dibenarkan, namun hal tersebut belum memenuhi syarat penjatuhan pidana. Untuk pembedaan masih perlu adanya syarat untuk penjatuhan pidana, yaitu orang yang melakukan perbuatan itu mempunyai kesalahan atau bersalah (celaan subjektif). Orang tersebut harus dipertanggungjawabkan atas perbuatannya atau jika dilihat dari sudut perbuatannya, perbuatannya baru dapat dipertanggungjawabkan kepada orang tersebut.¹³⁶

Karena pertanggungjawaban pidana tidak mungkin tercipta jika pada diri orang yang melakukan tindak pidana tidak terdapat kesalahan, maka kesalahan menjadi titik sentral konsep pertanggungjawaban pidana atau dengan kata lain kesalahan merupakan salah satu karakter hukum pidana yang tidak mungkin dapat dihapus.¹³⁷

Begitu sentralnya asas kesalahan ini sehingga meresap dan menggema dalam hampir semua ajaran dalam hukum pidana,¹³⁸ tidak mengherankan bila Remmelink menyatakan sebagai berikut.¹³⁹

“Bagaimanapun juga, kita tidak rela membebaskan derita kepada orang lain, sekadar karena orang itu melakukan tindak pidana, kecuali jika kita yakin bahwa ia memang dapat dipermasalahkan karena tindakannya itu. Karena itu, dapat juga diandaikan bahwa manusia dalam kondisi yang tidak terlalu abnormal, sepanjang ia memang menginginkannya, muncul sebagai makhluk yang memiliki akal budi serta sanggup dan mampu mentaati norma-norma masuk akal yang ditetapkan oleh masyarakat sebagai jaminan kehidupannya. Karena itu, kesalahan adalah pencelaan yang ditujukan oleh masyarakat yang menerapkan standar etis yang berlaku pada waktu tertentu terhadap manusia yang melakukan perilaku menyimpang yang sebenarnya dapat dihindari”.

Dalam pandangan lain, E. Ph. Sutorious menyatakan bahwa:

“Pertama-tama harus diperhatikan bahwa kesalahan selalu hanya mengenai perbuatan yang tidak patut, yaitu melakukan sesuatu yang seharusnya tidak dilakukan dan tidak melakukan sesuatu yang seharusnya dilakukan. Ditinjau secara lebih mendalam, kesalahan memandang hubungan antara perbuatan tidak patut dan pelakunya sedemikian rupa sehingga perbuatan itu dalam

¹³⁶ Sudarto, *Op. Cit.*, hlm. 85.

¹³⁷ Cynthia H. Finn. “*The Responsible Corporate Officer, Criminal Liability, and Mens Rea: Limitation on the RCO Doctrine*”, *The American University Law Review*, vol. 46, 1996, hlm. 548.

¹³⁸ Muladi dan Dwidja Priyatno, *Op.Cit.*, hlm. 99-100.

¹³⁹ Jan Remmelink. *Hukum Pidana Komentari atas Pasal-pasal Terpenting dari Kitab Undang-undang Hukum Pidana Belanda dan Padanannya dalam Kitab Undang-undang Hukum Pidana Indonesia*. Diterjemahkan oleh Tristram Pascal Moeliono (Jakarta: PT Gramedia Pustaka Utama, 2003), hlm. 142.

arti kata yang sesungguhnya merupakan perbuatannya. Perbuatan itu tidak hanya objektif tidak patut tetapi juga dapat dicelakan kepadanya. Dapat dicelakan itu bukanlah merupakan inti dari pengertian kesalahan, tetapi akibat dari kesalahan. Sebab hubungan antara perbuatan dan pelakunya itu selalu membawa pencelaan, maka orang menamakan sebagai dapat dicela. Dengan demikian, agar dapat menjatuhkan pidana tidak hanya disyaratkan bahwa seseorang telah berbuat tidak patut secara objektif, tetapi juga bahwa perbuatan tidak patut itu dapat dicelakan kepadanya”.¹⁴⁰

Konsep kesalahan yang dilandaskan pada nilai-nilai moral tersebut tentu saja bersifat abstrak dan sulit diterapkan dalam membuktikan kesalahan seseorang yang terbukti melakukan tindak pidana. Oleh karena itu, konsep kesalahan bergeser kepada penentuan kriteria dapat dipidananya pembuat tindak pidana. Kesalahan adalah keadaan batin (*psychis*) yang tertentu dari si pembuat dan hubungan antara keadaan batin tersebut dengan perbuatannya sedemikian rupa, sehingga pembuat dapat dipertanggungjawabkan atas perbuatannya itu.¹⁴¹

Karena kesalahan psikologis mengandung beberapa kelemahan dan di dalamnya juga terdapat beragam varian makna kesalahan, maka muncullah konsep kesalahan normatif (*normatief schuldbegrip*) sebagai koreksi atas kesalahan psikologis tadi. Menurut kesalahan normatif, kesalahan diartikan sebagai ‘dapat dicelanya pembuat tindak pidana karena dilihat dari segi masyarakat sebenarnya dia dapat berbuat lain jika tidak ingin melakukan perbuatan tersebut’.¹⁴² Orang dapat dikatakan mempunyai kesalahan, jika dia pada waktu melakukan tindak pidana, dilihat dari segi masyarakat dapat dicela karenanya, yaitu kenapa melakukan perbuatan yang merugikan masyarakat padahal mampu untuk mengetahui makna perbuatan tersebut, dan karenanya dapat bahkan harus menghindari perbuatan demikian.¹⁴³

Jika kesalahan normatif ini diilustrasikan dalam kasus-kasus pidana ringan seperti kasus Nenek Minah mencuri kakao atau kasus-kasus lain yang mirip, maka hakim sebenarnya dapat menggunakan kerangka berpikir konsep kesalahan normatif. Bagi hakim cukup untuk menyatakan bahwa terdakwa terbukti melakukan tindak pidana dan memiliki kesalahan, tapi sanksi pidana atau sanksi tindakan tidak perlu dijatuhkan oleh Hakim. Oleh karena, penjatuhan pidana justru akan membuat terdakwa semakin sengsara dan tujuan pidana tidak akan tercapai. Hal ini sejalan dengan konsepsi dalam pemaafan hakim dalam RKUHP.

Selain itu, jika ternyata antara terdakwa dengan korban telah terjadi perdamaian, dalam arti di satu sisi terdakwa mengakui kesalahannya dan siap bertanggung jawab atas apa yang telah dilakukan, dan di sisi lain korban

¹⁴⁰ Muladi dan Dwidja Priyatno, *Op.Cit.*, hlm. 100-101.

¹⁴¹ Tongat. *Dasar-Dasar Hukum Pidana Indonesia dalam Perspektif Pembaruan* (Malang: UMM Press 2008), hlm. 222.

¹⁴² Roeslan Saleh, *Perbuatan Pidana dan Pertanggungjawaban...*, *Op.Cit.*, hlm. 77.

¹⁴³ Moeljatno, *Asas-asas Hukum Pidana*, *Op.Cit.*, hlm. 169.

memaafkan kesalahan terdakwa dengan segala konsekuensi hukumnya, cukuplah juga bagi Hakim untuk menyatakan bahwa terbukti bersalah melakukan tindak pidana, tapi Hakim tidak menjatuhkan sanksi pidana atau sanksi tindakan.

Roeslan Saleh mengatakan bahwa komponen 'dapat dicelanya pembuat tindak pidana' merupakan penegasan penilaian normatif terhadap kesalahan. Pada subjek hukum manusia, ada tidaknya kesalahan tidaklah ditentukan bagaimana dalam keadaan senyatanya batin terdakwa, tetapi tergantung pada batin itu, apakah dinilai ada ataukah tidak ada kesalahan.¹⁴⁴ Jadi, titik tekannya terletak pada penilaian normatif terhadap keadaan batin pembuat dan hubungan antara keadaan batin tersebut dengan tindak pidananya, sehingga orang itu dapat dicela karena perbuatannya itu.¹⁴⁵ Singkatnya, yang dinilai bukan pada kesalahan batin orang itu, tapi bagaimana hakim menilai keadaan batinnya dan menilai fakta-fakta yang ada.¹⁴⁶

Dengan demikian, sepanjang terhadap subjek hukum manusia, pengertian kesalahan yang normatif berpangkal tolak pada penilaian hukum terhadap psikologis pembuat. Bukan psikologisnya yang penting, tetapi penilaian normatif terhadap keadaan psikologis pembuat, ketika melakukan tindak pidana. Pengertian kesalahan yang normatif di dalamnya mengandung pengertian psikologis.¹⁴⁷

Dalam konteks melakukan perbuatan lain, sekalipun terdakwa dinyatakan bersalah atas tindak pidana yang telah dilakukan, namun karena dalam dirinya terdapat alasan yang memaafkan dia dari kesalahan itu (alasan pemaaf), maka terdakwa dinyatakan tidak memiliki kesalahan. Oleh karena itu, ada kesalahan jika kelakuan tidak sesuai dengan norma yang harus diterapkan. Hal ini dapat dimaknai bahwa ketiadaan kemungkinan pembuat dapat berbuat lain, selain melakukan tindak pidana, menyebabkan dapat dilepaskan dari keadaan bersalah.

Secara teoretis, kemampuan bertanggungjawab dapat diartikan sebagai kondisi batin yang normal atau sehat dan mempunyai akal seseorang dalam membedakan hal-hal yang baik dan yang buruk;¹⁴⁸ atau dengan kata lain, mampu untuk menginsafi sifat melawan hukumnya suatu perbuatan dan sesuai dengan keinsafan itu mampu untuk menentukan kehendaknya.¹⁴⁹

Mempertanggungjawabkan seseorang dalam hukum pidana bukan hanya berarti sah menjatuhkan pidana terhadap orang itu, tetapi juga sepenuhnya dapat diyakini bahwa memang pada tempatnya meminta pertanggungjawaban atas tindak pidana yang dilakukannya. Pertanggungjawaban pidana tidak hanya berarti

¹⁴⁴ Roeslan Saleh, *Perbuatan Pidana dan Pertanggungjawaban...*, *Op.Cit.*, hlm. 77.

¹⁴⁵ Roeslan Saleh, *Masih Saja Tentang Kesalahan* (Jakarta: Karya Dunia Pikir, 1994), hlm. 55.

¹⁴⁶ Moeljatno, *Asas-Asas Hukum Pidana*, *Op.Cit.*, hlm.175.

¹⁴⁷ Roeslan Saleh, *Masih Saja...* *Op.Cit.*, hlm. 54.

¹⁴⁸ M. Abdul Kholiq, *Op. Cit.*, hlm. 129.

¹⁴⁹ Roeslan Saleh, *Perbuatan...* *Op.Cit.*, hlm. 80.

"*rightfully sentenced*" tetapi juga "*rightfully accused*".¹⁵⁰ Pertanggungjawaban pidana pertama-tama merupakan keadaan yang ada pada diri pembuat ketika melakukan tindak pidana. Kemudian pertanggungjawaban pidana juga berarti menghubungkan antara keadaan pembuat tersebut dengan perbuatan dan sanksi yang sepatutnya dijatuhkan. Dengan demikian, pengkajian dilakukan dua arah Pertama; pertanggungjawaban pidana ditempatkan dalam konteks sebagai syarat-syarat faktual (*conditioning facts*) dari pembedaan,¹⁵¹ karenanya mengemban aspek preventif. Kedua, pertanggungjawaban pidana merupakan akibat hukum (*legal consequences*)¹⁵² dari keberadaan syarat faktual tersebut, sehingga merupakan bagian dari aspek represif hukum pidana. "*It is this connection between conditioning facts and conditioned legal consequences which is expressed in the statement about responsibility*"¹⁵³

Menurut Hart, "*The legal system of a modern state is characterized by a certain kind of supremacy within its territory and independence of other systems*".¹⁵⁴ Sistem hukum modern ditandai oleh adanya supremasi dan kemandirian hal itu dari sistem-sistem lain. Croall menyatakan hal yang senada. "*The criminal law therefore does not necessarily reflect morality, not do legal definitions reflect commonsense notions of crime*".¹⁵⁵

B. Sifat Melawan Hukum

Sebagaimana diketahui bahwa undang-undang hanya memidana seseorang yang melakukan perbuatan, apabila perbuatan itu telah dicantumkan dalam peraturan perundang-undangan sebagai perbuatan yang dilarang. Hal ini telah ditentukan secara tegas dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP tentang apa yang dikenal dengan asas legalitas. Konsekuensi logis dari hal ini, maka hanya perbuatan yang diberi label tercela atau terlarang demikian saja yang pelakunya dapat dipidana. Pengertian sifat melawan hukum yang demikian disebut dengan melawan hukum formal, karena semata-mata sifat terlarangnya perbuatan didasarkan pada pemuatannya dalam undang-undang. Perbuatan lain yang diluar apa yang ditentukan sebagai dilarang oleh undang-undang, walaupun tercela menurut masyarakat atau menurut asas-asas umum masyarakat atau melawan hukum materiel, sepanjang tidak dilarang menurut peraturan perundang-undangan, tidaklah dapat dipidana.

Perbuatan yang mengandung sifat tercela menurut masyarakat yang tidak tercela menurut undang-undang tidaklah dapat dipidana. Namun demikian

¹⁵⁰ Alf Ross, *Op.Cit.*, hlm 23.

¹⁵¹ *Ibid.*

¹⁵² *Ibid.*

¹⁵³ *Ibid.*, hlm. 21.

¹⁵⁴ H. L. A. Hart. *The Concept of Law* (Oxford: Oxford University Press, 1961), hlm. 24.

¹⁵⁵ Hazel Croall. *Crime and Society in Britain* (London: Longmann, 1988), hlm. 3.

sebaliknya pada perbuatan yang secara nyata terlarang menurut undang-undang, yang karena sesuatu faktor atau sebab tertentu boleh jadi tidak mengandung sifat tercela atau kehilangan sifat tercelanya menurut masyarakat, maka terhadap si pembuatnya tidak dipidana. Inilah yang dimaksud dengan sifat melawan hukum materiel dalam fungsinya yang negatif.

Dalam ajaran sifat melawan hukum materiel dinyatakan, bahwa tidak semua perbuatan yang oleh masyarakat dipandang sebagai perbuatan tercela, ditetapkan sebagai tindak pidana. Artinya, ada perbuatan yang sekalipun oleh masyarakat dipandang tercela, tetapi bukan merupakan tindak pidana.

Dalam literatur ilmu hukum pidana, ajaran sifat melawan hukum dikenal 2 (dua) paham yang mendasarinya, yaitu paham ajaran sifat melawan hukum formal (*formele wederrechtelijkheid*) dan paham ajaran sifat melawan hukum materiel (*materiele wederrechtelijkheid*). Lahirnya kedua paham ajaran sifat melawan hukum ini sebagai bentuk perbedaan pendapat di kalangan para ahli hukum pidana, dan sampai saat ini masih menjadi perdebatan dan selalu menjadi bahan diskusi yang belum selesai.

Dari beberapa literatur hukum pidana, sepertinya para ahli hukum pidana telah bersepakat dalam memberikan arti dan makna terhadap kedua ajaran sifat melawan hukum ini. Perbedaan di antara keduanya terletak pada parameter yang digunakan. Dalam ajaran sifat melawan hukum formal menggunakan parameter bertentangan dengan peraturan perundang-undangan, sedangkan ajaran sifat melawan hukum materiel menggunakan parameter bertentangan dengan nilai kepatutan dan keadilan masyarakat.

Menurut ajaran sifat melawan hukum formal, apabila suatu perbuatan telah mencocoki semua unsur yang termuat dalam rumusan tindak pidana maka perbuatan tersebut adalah tindak pidana. Jika ada alasan-alasan pembenar maka alasan-alasan tersebut harus juga disebutkan secara tegas dalam undang-undang.¹⁵⁶ Artinya suatu perbuatan tidak bisa dianggap bersifat melawan hukum apabila perbuatan tersebut tidak secara eksplisit dirumuskan dalam undang-undang sebagai perbuatan pidana, sekalipun perbuatan tersebut sangat merugikan masyarakat, dan ukuran untuk menentukan suatu perbuatan tersebut bersifat melawan hukum atau tidak hanyalah undang-undang sebagai ketentuan tertulis.

Menurut ajaran sifat melawan hukum materiel, bahwa di samping memenuhi syarat-syarat formal, yaitu mencocoki semua unsur yang tercantum dalam rumusan delik, perbuatan itu benar-benar harus dirasakan oleh masyarakat sebagai perbuatan yang tidak patut atau tercela. Karena itu pula alasan ini mengakui alasan-

¹⁵⁶ Komariah E. Sapardjaja. *Ajaran Melawan Hukum Materiel Dalam hukum Pidana Indonesia; Studi Tentang Penerapan dan perkembangannya dalam Yurisprudensi* (Bandung: Alumni, 2002), hlm. 25.

alasan pembenar di luar undang-undang. Dengan perkataan lain, alasan pembenar dapat berada pada hukum yang tidak tertulis.¹⁵⁷

Berkaitan dengan sifat melawan hukum materiel ini, Sudarto berpendapat bahwa suatu perbuatan itu melawan hukum atau tidak, tidak hanya yang terdapat dalam undang-undang (yang tertulis saja), akan tetapi harus dilihat berlakunya asas-asas hukum yang tidak tertulis. Jadi menurut ajaran ini melawan hukum sama bertentangan dengan undang-undang (hukum tertulis) dan juga bertentangan dengan hukum yang tidak tertulis termasuk tata susila dan sebagainya.¹⁵⁸ Apabila diperhatikan, sifat melawan hukum materiel pada suatu perbuatan menunjukkan bahwa perbuatan tersebut bertentangan dengan keadilan, terlepas apakah perbuatan diancam pidana dalam suatu undang-undang atau tidak, jadi yang benar-benar dirasakan oleh masyarakat sebagai bertentangan dengan rasa keadilan.¹⁵⁹ Ukuran untuk mengatakan suatu perbuatan melawan hukum secara materiel bukan didasarkan pada ada atau tidaknya ketentuan dalam suatu undang-undang, akan tetapi ditinjau dari nilai yang ada dalam masyarakat apakah mencerminkan nilai keadilan atau tidak.

Keberadaan ajaran sifat melawan hukum secara formal tidak menjadi persoalan karena ini secara eksplisit menjadi unsur dari suatu pasal, sehingga untuk menentukan apakah seseorang itu melakukan sesuatu yang melawan hukum atau tidak, cukup apabila orang itu melihat apakah perbuatan itu telah memenuhi semua unsur yang terdapat dalam rumusan delik atau tidak. Persoalan dan perdebatan muncul dengan keberadaan ajaran sifat melawan hukum materiel. Hal ini dikarenakan di Indonesia berkembang pula hukum yang tidak tertulis, yaitu hukum adat yang memungkinkan sifat melawan hukum tersebut ada dan terdapat dalam masyarakat.

Dari pengertian sifat melawan hukum dan pembagiannya di atas, maka dapat dinyatakan bahwa sifat melawan hukum memiliki 4 (empat) makna. *Pertama*, sifat melawan hukum diartikan syarat umum dapat dipidanya suatu perbuatan sebagaimana definisi perbuatan pidana yakni kelakuan manusia yang termasuk dalam rumusan delik, bersifat melawan hukum dan dapat dicela; *kedua*, kata melawan hukum dicantumkan dalam rumusan delik, dengan demikian sifat melawan hukum merupakan syarat tertulis untuk dapat dipidanya suatu perbuatan; *ketiga*, sifat melawan hukum formal mengandung arti semua unsur dari rumusan delik telah terpenuhi; dan *keempat*, sifat melawan hukum materiel mengandung 2 (dua) pandangan, pertama dari sudut perbuatannya yang mengandung arti melanggar atau membahayakan kepentingan hukum yang hendak dilindungi oleh pembuat undang-undang dalam rumusan delik, dan kedua dari

¹⁵⁷ *Ibid.*

¹⁵⁸ Soedarto, *Op. Cit.*, hlm. 78.

¹⁵⁹ *Ibid.*, hlm. 56.

sudut sumber hukumnya, dimana sifat melawan hukum mengandung pertentangan dengan asas kepatutan, keadilan, dan hukum yang hidup di masyarakat.

Menurut Moeljatno, apabila mengikuti pandangan yang materiel, maka perbedaannya dengan pandangan yang formal adalah:¹⁶⁰

1. Mengakui adanya pengecualian/penghapusan dari sifat melawan hukumnya perbuatan menurut hukum yang tertulis dan yang tidak tertulis, sedangkan pandangan yang formal hanya mengakui pengecualian yang tersebut dalam undang-undang saja, misalnya Pasal 49 tentang pembelaan terpaksa (*noodweer*).
2. Sifat melawan hukum adalah unsur mutlak dari tiap perbuatan pidana, juga bagi yang dalam rumusannya tidak menyebut unsur-unsur tersebut, sedang bagi pandangan yang formal sifat tersebut tidak selalu menjadi unsur dari perbuatan pidana. Hanya jika dalam rumusan delik disebutkan dengan nyata-nyata barulah menjadi unsur delik.

Ajaran sifat melawan hukum materiel berkaitan pula dengan 2 (dua) fungsi yang dianutnya, yaitu fungsi negatif dan fungsi positif. Sifat melawan hukum secara materiel dalam fungsinya yang negatif dijadikan sebagai alasan penghapus pidana dari suatu perbuatan di luar undang-undang, maksudnya perbuatan yang telah dinyatakan terlarang oleh undang-undang namun perbuatan tersebut dapat dikecualikan oleh hukum yang tidak tertulis sehingga perbuatan tersebut tidak menjadi tindak pidana.

Sehubungan dengan pembuktian unsur melawan hukum secara materiel, patut diperhatikan bahwa penerapan ajaran sifat melawan hukum materiel itu senantiasa tidak boleh melebihi syarat yang telah ditentukan melalui fungsi negatif saja. Penerapan fungsi negatif dari ajaran sifat melawan hukum materiel erat kaitannya dengan masalah pertanggungjawaban pidana, dimana seseorang dilepaskan dari segala tuntutan hukum apabila perbuatannya tidak melawan hukum secara materiel, sekalipun perbuatan itu melawan hukum secara formil. Ajaran sifat melawan hukum materiel dalam fungsinya yang negatif merupakan jawaban dalam bidang hukum pidana untuk memberikan keadilan yang tidak dapat diberikan oleh pembuat undang-undang hanya dengan mencantumkan alasan-alasan pembenar dalam undang-undangnya sendiri. Ajaran ini setidaknya memberikan kebebasan kepada hakim untuk menemukan hukum dalam rangka menafsirkan arti sifat melawan hukum.¹⁶¹

Penerapan ajaran sifat melawan hukum materiel dalam fungsi negatif yang dijadikan sebagai alasan penghapus pidana di luar undang-undang lahir dari praktik peradilan, dan untuk pertama kalinya diterapkan dalam Arrest Hoge Raad tanggal 20 Februari 1933 dalam kasus Dokter Hewan dari Kota Huizen, yang kemudian

¹⁶⁰ Moeljatno, *Op. Cit.*, hlm. 144.

¹⁶¹ Komariah, *Op. Cit.*, hlm. 69.

dikenal dengan *Veearts Arrest*. Dalam kasus tersebut seorang Dokter Hewan mencampurkan sapi-sapi yang sakit ke dalam kandang sapi-sapi yang sehat, yang menurut Pasal 82 Veewet dilarang dan diancam dengan pidana penjara selama 1 (satu) tahun. Alasan bagi Dokter Hewan tersebut melakukan perbuatannya adalah untuk kepentingan sapi dan pemiliknya sendiri. Menurut pertimbangan dari segi ilmu yang dimilikinya, bahwa sapi-sapi yang sehat pada akhirnya pasti akan terkena penyakit juga. Oleh karena pada saat itu sapi-sapi yang sehat belum mengeluarkan air susu maka lebih baik sapi-sapi tersebut tertular penyakit terlebih dahulu dari pada tertular setelah mengeluarkan air susu. Pada peradilan tingkat banding, *Gerechtschhof Amsterdam* menjatuhkan pidana kepada Dokter Hewan dengan alasan bahwa apa yang dikemukakan oleh Dokter Hewan merupakan penjelasan tentang apa yang mendorong untuk berbuat demikian, dan tidak merupakan perkecualian yang dapat meniadakan pidana. Pada tingkat kasasi, *Hoge Raad* berpendapat bahwa dengan adanya undang-undang tentang Pendidikan Dokter Hewan, maka pemeliharaan kesehatan hewan dan siapa yang boleh menjalankan pekerjaan dokter hewan telah diatur, dengan demikian telah ada petunjuk bahwa Dokter Hewan tidak akan melanggar ketentuan undang-undang apabila ia berbuat dengan ilmu yang dimilikinya.¹⁶²

Veearts Arrest inilah yang semula diajukan oleh para ahli hukum pidana yang berpandangan materiel, dengan alasan meskipun perbuatan pelaku telah memenuhi rumusan delik serta tidak ada suatu pengecualian di dalam undang-undang, maka tidak selalu pelaku harus dijatuhi hukuman apabila memang terbukti perbuatan pelaku tidak mengandung melawan hukum secara materiel. Perbuatan Dokter Hewan yang telah dilepaskan dari segala tuntutan hukum itu merupakan alasan pembenar dari suatu pengecualian di luar undang-undang yang berasal dari hukum yang tidak tertulis. Oleh karena itu dapat disimpulkan bahwa fungsi negatif dari sifat melawan hukum materiel berusaha memberikan suatu pandangan yang lebih konstruktif sebagai reaksi dari pandangan formal, dengan menyatakan bahwa tidaklah selalu pelaku dihukum meskipun perbuatannya memenuhi rumusan delik.

Sifat melawan hukum materiel dalam fungsi positif merupakan kebalikan dari sifatnya yang negatif. Fungsi positif dijadikan sebagai alasan untuk memidana suatu perbuatan meskipun sebelumnya perbuatan tersebut tidak dilarang oleh undang-undang namun dipandang tercela dan mengganggu rasa keadilan masyarakat. Dengan kata lain, setiap perbuatan yang dianggap atau dipandang tercela oleh masyarakat merupakan perbuatan melawan hukum secara materiel. Dapat pula dikatakan bahwa diterapkannya sifat melawan hukum materiel dalam fungsi positif berarti memberikan wewenang kepada hakim untuk melaksanakan fungsi legislasi dengan melakukan kriminalitas terhadap suatu perbuatan.

¹⁶² Adami Chazawi, *Op. Cit.*, 67-68.

Sebahagian besar para ahli hukum pidana, baik kalangan akademisi maupun kalangan praktisi sampai pada saat ini berpendapat agar ajaran sifat melawan hukum materiel tidak dipergunakan dalam fungsi yang positif. Atas hal ini, penulis sependapat dengan pandangan dari Chairul Huda¹⁶³ yang mengikuti pandangan yang menerima ajaran sifat melawan hukum materiel dalam fungsinya yang negatif. Hal ini didasarkan praktik yang demikian juga dianut oleh Mahkamah Agung seperti ternyata dalam perkara Machroes Effendi¹⁶⁴, Putusan Nomor 72/K/Kr/1970 tanggal 27 Mei 1972,¹⁶⁵ maupun Putusan Mahkamah Agung tanggal 27 Maret 1972 Nomor K/Kr/1970.¹⁶⁶ Lebih jauh dari hal ini, adanya putusan dari Mahkamah Konstitusi pada tanggal 25 Juli 2006 Putusan Nomor 003/PUU-IV/2006 yang memaknai sifat melawan hukum materiel dalam fungsinya yang negatif.

Terkait dengan dianutnya sifat melawan hukum materiel dalam fungsinya yang negatif yang terdapat sistem hukum pidana di Indonesia, juga dipahami sama oleh para ahli hukum pidana, antara lain Roeslan Saleh¹⁶⁷, Indrianto Seno Adji¹⁶⁸,

¹⁶³ Chairul Huda, *Op. Cit.*, hlm. 59.

¹⁶⁴ Lihat Putusan No. 42/K/Kr/1965 tanggal 8 Januari 1966. Dalam Putusan ini, Hakim MA menjatuhkan putusan lepas dengan pertimbangan sebagai berikut: *"suatu tindakan pada umumnya dapat hilang sifatnya sebagai melawan hukum bukan hanya berdasarkan suatu ketentuan dalam perundang-undangan, melainkan juga berdasarkan asas-asas keadilan atau asas-asas hukum yang tidak tertulis dan bersifat umum, dalam perkara ini misalnya faktor-faktor negara tidak dirugikan, kepentingan umum dilayani dan terdakwa sendiri tidak mendapat untung"*.

¹⁶⁵ Lihat Putusan No. 72/K/Kr/1970 tanggal 27 Mei 1972, yang dalam salah satu pertimbangannya menyatakan, *"bahwa meskipun Undang-undang No. 17/1964 tersebut merupakan suatu formal delict, namun Hakim secara materiel harus memperhatikan juga adanya kemungkinan keadaan dari tertuduh-tertuduh atas dasar mana mereka tak dapat dihukum (materiele wederrechtelijk)"*. Selanjutnya dalam pertimbangan berikutnya Mahkamah Agung dalam mempertimbangkan tentang keberatan Pemohon Kasasi menyatakan: *"Menimbang, bahwa walaupun perbuatan-perbuatan yang dituduhkan pada terdakwa telah terbukti semuanya, akan tetapi Mahkamah Agung berpendapat, bahwa perbuatan-perbuatan tersebut, bukanlah merupakan tindak pidana penadahan, karena sifat melawan hukum tidak ada sama sekali"*.

¹⁶⁶ Lihat Putusan Mahkamah Agung tanggal 27 Maret 1972 No. K/Kr/1970¹⁶⁶, dalam salah satu pertimbangannya dinyatakan, *"yurisprudensi waktu sekarang ini jelas menganut materiele wederrechtelijkheid"*.

¹⁶⁷ Roeslan Saleh. *Sifat Melawan Hukum...*, *Op.Cit.*, hlm. 18. Menurut Roeslan Saleh, "Pandangan mengenai melawan hukum materiel hanya mempunyai arti memperkecualikan perbuatan yang meskipun termasuk dalam rumusan undang-undang dan karenanya dianggap sebagai perbuatan pidana. Jadi suatu perbuatan yang dilarang undang-undang dapat dikecualikan oleh aturan hukum tidak tertulis sehingga tidak menjadi perbuatan pidana. Biasanya inilah yang disebut sebagai fungsi negatif dari ajaran melawan hukum materiel. Fungsinya yang positif, yaitu walaupun tidak dilarang undang-undang tetapi oleh masyarakat perbuatan itu dipandang tercela dan dengan itu perlu menjadikannya perbuatan pidana tidak mungkin dilakukan menurut sistem hukum kita mengingat bunyi Pasal 1 ayat (1) KUHP".

¹⁶⁸ Indriyanto Seno Adji. *Korupsi dan Hukum Pidana* (Jakarta: Kantor Pengacara Prof. Dr. Oemar Seno Adji, 2002), hlm. 306. Menurut Indriyanto, "Bagi pandangan materiel, ditemukan suatu kesamaan pendapat bahwa sifat melawan hukum materiel hanyalah digunakan melalui fungsi negatifnya saja, sehingga penerapannya hanya diperlukan untuk meniadakan suatu tindak pidana dengan mempergunakan alasan-alasannya di luar undang-undang".

Komariah E. Saparjadja.¹⁶⁹ Selanjutnya di dalam RKUHP nantinya terdapat rumusan mengenai sifat melawan hukum perbuatan menganut sifat melawan hukum materiel dalam fungsinya yang negatif. Ketentuan ini terdapat di dalam Pasal 12 RKUHP yang berbunyi:

- (1) *Tindak pidana adalah perbuatan melakukan atau tidak melakukan sesuatu, yang oleh peraturan perundang-undangan diancam dengan pidana.*
- (2) *Untuk dinyatakan sebagai tindak pidana, suatu perbuatan yang diancam pidana oleh peraturan perundang-undangan harus juga bersifat melawan hukum atau bertentangan dengan hukum yang hidup dalam masyarakat.*
- (3) *Setiap tindak pidana selalu dipandang bersifat melawan hukum, kecuali ada alasan pembenar.*

Dengan demikian, dalam ajaran sifat melawan hukum materiel dinyatakan, bahwa tidak semua perbuatan yang oleh masyarakat dipandang sebagai perbuatan tercela, ditetapkan sebagai tindak pidana. Artinya, ada perbuatan yang sekalipun oleh masyarakat dipandang tercela, tetapi bukan merupakan tindak pidana.

¹⁶⁹ Komariah, *Op. Cit.*, hlm. 225-226. Menurut Komariah, "Khusus bagi Indonesia, walaupun penafsiran itu dimungkinkan bahkan karena mengingat keadaan perundang-undangan pidana Indonesia sekarang kadang-kadang diperlukan untuk mengantisipasi bentuk-bentuk kejahatan baru, tetapi penafsiran ekstensif ini perlu dibatasi. Hendaknya untuk membatasi penafsiran ekstensif tentang arti sifat melawan hukum, setidaknya untuk menetapkan hilangnya sifat melawan hukum sebagai alasan pembenar..."

IV.

PERCOBAAN (*POGING*)

A. Latar Belakang Adanya Percobaan

Sistem pemidanaan untuk percobaan agak menyimpang dari sistem pemidanaan suatu delik yang sempurna yang justru mengancam pidana apabila unsur-unsur delik tersebut telah sempurna terpenuhi.

Untuk memudahkan pemahaman mengenai dasar-dasar dipidananya percobaan, maka ada 2 (dua) aliran yang paling menonjol terkait dengan percobaan ini, yaitu:¹⁷⁰

1. Teori percobaan subjektif. Teori ini bertolak pangkal kepada diri atau jiwa dari pelaku. Adapun yang dinilai di sini adalah niat dari pelaku untuk melakukan kejahatan.
2. Teori percobaan objektif. Teori ini bertolak pangkal kepada tindakan atau perbuatan yang telah membahayakan sesuatu kepentingan hukum yang dilindungi oleh undang-undang.

KUHP sendiri tidak mempersoalkan aliran manakah dari kedua aliran itu yang harus dianut. Penafsiran lebih banyak diserahkan kepada Ilmu Pengetahuan Hukum Pidana. Tetapi beberapa penulis Belanda, antara lain Simons dan beberapa putusan *Hoge Raad (HR)*, berpendapat bahwa pembentuk KUHP menganut teori objektif. Pandangan ini didasarkan pada ancaman pidana dengan pengurangan sepertiga, adalah sepadan dan karena baru sedikitnya keberbahayaan kepentingan hukum yang tercantum.

B. Dasar Hukum

Ketentuan mengenai percobaan diatur di dalam Buku I Bab IV Pasal 53 dan Pasal 54 KUHP.

Pasal 53 KUHP berbunyi:

- (1) *Mencoba melakukan kejahatan dipidana, jika niat untuk itu telah ternyata dari adanya permulaan pelaksanaan dan tidak selesainya pelaksanaan itu, bukan semata-mata disebabkan karena kehendaknya sendiri.*

¹⁷⁰ Kanter dan Sianturi, *Op. Cit.*, hlm. 310-311.

- (2) *Maksimum pidana pokok terhadap kejahatan, dalam hal percobaan dapat dikurangi sepertiga.*
- (3) *Jika kejahatan diancam dengan pidana mati atau pidana penjara seumur hidup, dijatuhkan pidana penjara paling lama lima belas tahun.*
- (4) *Pidana tambahan bagi percobaan adalah sama dengan kejahatan selesai.*

Pasal 54 KUHP berbunyi: “*mencoba melakukan pelanggaran tidak dipidana*”.

Terhadap ketentuan di atas, KUHP pada dasarnya tidak memberikan penjelasan secara definitif mengenai apa yang dimaksud dengan “percobaan”. Namun ketentuan tersebut hanya menentukan syarat-syarat yang harus dipenuhi di dalam “percobaan”, sehingga seorang pelaku percobaan dapat dipidana. Adapun syarat-syarat tersebut adalah:

1. Isi Kejiwaan Pelaku
2. Perbuatan dari Pelaku
3. Hasil gabungan dari isi kejiwaan dan perbuatan tersebut.

Hal mana jika dielaborasi lebih lanjut, isi kejiwaan dan perbuatan tersebut dapat dibagi kedalam tiga hal, yaitu:

1. Niat
2. Permulaan pelaksanaan perbuatan
3. Pelaksanaan perbuatan tersebut tidak selesai karena adanya keadaan diluar kehendak si pelaku.

1. Niat

Niat adalah salah satu syarat dari percobaan untuk melakukan kejahatan. Hal ini ternyata dari perumusan Pasal 53 KUHP, yaitu percobaan untuk melakukan kejahatan. Dari uraian singkat tersebut sudah dapat dipastikan bahwa “niat” tersebut tidak dimaksudkan untuk mengganti unsur kesalahan (*dolus atau culpa*) dari kejahatan itu. Dengan perkataan lain unsur “dengan sengaja” yang terdapat di dalam suatu pasal yang mengharuskan adanya unsur “dengan sengaja” misalnya pada Pasal 338 KUHP tersebut tidak digantikan oleh syarat niat.

Dilihat dari ajaran “*schuld*” pada umumnya, yang dimaksud dengan niat adalah sama dengan pengertian sengaja (*dolus*) dalam semua gradasinya. Pencantuman niat dalam perumusan percobaan merupakan suatu kekhususan. Misalnya: Orang berniat untuk merusak barang (Pasal 338 KUHP), orang berniat untuk mencuri (Pasal 362 KUHP), orang berniat untuk merusak barang (Pasal 406 KUHP), orang belum berumur 15 tahun (Pasal 287 KUHP). Orang berniat untuk membeli benda “yang sepatutnya dapat diduganya” bahwa penjual itu telah memperoleh barang itu dari kejahatan (Pasal 480 KUHP) dan lain sebagainya. Pada contoh tersebut *culpa*. Dikatakan “ *mungkin*”, karena tidak untuk semua kejahatan *culpa* dapat diterapkan. Misalnya, sudah barang tentu sukar dapat dibayangkan

adanya “kemungkinan” orang berniat dalam kealpaannya untuk menyebabkan matinya orang lain (Pasal 359 KUHP). Di sini pula letak keistimewaan dari perumusan Pasal 359 KUHP, yang merumuskan berbagai macam “tindakan” (sopir menubruk, juru rawat salah memberi obat, serdadu kurang hati-hati membersihkan senjata dan lain sebagainya) hanya merumuskan dalam istilah ‘karena kealpaan’. Artinya sedari awal ketentuan yang terdapat di dalam Pasal 359 KUHP tersebut tidak menuntut “niat” dari si pembuat.

2. Permulaan pelaksanaan tindakan (*begin van uitvoering*)

Ada dua cara untuk menafsirkan kalimat “**Permulaan pelaksanaan tindakan (*begin van uitvoering*)**”. Pertama, penafsiran secara tata bahasa (gramatikal) dan kedua, penafsiran secara sistematis. Jika kita menggunakan penafsiran secara tata bahasa, maka sesuai perumusan percobaan, kata-kata “niat” yang mendahuluinya yang terdapat dalam pokok-kalimat perumusan tersebut, Jadi yang dimaksud ialah: permulaan pelaksanaan tindakan dari niat si pelaku. Jika penafsiran ini dihubungkan dengan ajaran tentang dasar-dasar pembedaan percobaan, maka ia termasuk dalam “ajaran percobaan subjektif”.

Tetapi jika digunakan penafsiran secara sistematis, baik pada pokok kalimatnya demikian pula pada anak kalimatnya (yang berbunyi: “Dan pelaksanaan tindakan itu tidak selesai.....”), terdapat istilah yang sama yaitu pelaksanaan tindakan. Karena istilah-istilah itu harus sama artinya, maka istilah itu harus dikembalikan kepada persoalan-pokoknya yaitu percobaan terhadap kejahatan. Sehingga yang dimaksud adalah: pelaksanaan tindakan dari kejahatan. Dihubungkan dengan ajaran pembedaan percobaan, maka hal ini termasuk dalam “ajaran percobaan objektif”.

Akibat dari perbedaan cara penafsiran tersebut, pemecahan persoalan menjadi tidak semakin mudah. Selanjutnya maka sekarang dipersoalkan apakah yang dimaksud dengan *permulaan pelaksanaan tindakan* (baik dihubungkan dengan niat maupun kejahatan), karena KUHP sebagai ketentuan undang-undang sendiri tidak memberikan suatu pembatasan maupun penjelasan lainnya.

Sementara itu, *MvT* memberikan penjelasan mengenai percobaan yang satu sama lainnya berbeda sebagai berikut:

- a. Pelaksanaan tindakan dari kejahatan. Percobaan adalah *pelaksanaan tindakan dari kejahatan* yang telah dimulai tetapi tidak selesai.
- b. Pelaksanaan tindakan dari niat. Di lain pihak dirumuskan pula bahwa, percobaan adalah sesuatu permulaan *pelaksanaan tindakan dari niat* yang dinyatakan untuk melakukan suatu kejahatan tertentu.

Dari perumusan a dapat disimpulkan, bahwa KUHP seolah-olah menganut ajaran percobaan objektif, sedang dari perumusan b mirip dengan ajaran percobaan subjektif. Dengan penjelasan ini pun persoalannya belum terpecahkan.

Untuk memudahkan memahami perumusan a dan b di atas, maka perlulah diilustrasikan suatu contoh kasus "Amat-Badu" dengan faktor-faktornya sebagai berikut: Amat berkehendak untuk membunuh Badu. Untuk itu Amat melakukan beberapa rentetan-perbuatan:

1. Amat meminjam atau membeli sepucuk pistol.
2. Amat membawa pistol itu ke rumahnya.
3. Amat melatih diri menggunakan pistol tersebut.
4. Amat merencanakan penembakan yang akan dilakukannya.
5. Amat kemudian membawa pistol ke jurusan rumah Badu
6. Sesaat setelah Amat melihat Badu, ia mengisi pistol tersebut.
7. Amat membidikkan pistol kepada Badu.
8. Amat melepaskan tembakan ke arah Badu

Jika dinilai dari rentetan-rentetan kejadian di atas, maka dengan mendasari ajaran atau pendirian yang ekstrem subjektif, sejak mulai dari rentetan 1 sudah terjadi permulaan pelaksanaan tindakan, karena yang menjadi ukuran utama adalah kehendak-jahat dari pelaku. Artinya rentetan 1 saja sudah dapat dinilai sebagai permulaan pelaksanaan tindakan dari niat pelaku.

Sedangkan kalau dinilai dengan mendasari ajaran objektif, yang ukuran penilaiannya telah ada **bahaya** bagi suatu kepentingan yang dilindungi hukum, pada rentetan 6 atau bahkan pada rentetan 7 terjadi permulaan pelaksanaan terhadap kejahatan-pembunuhan itu baru terjadi.

Dari uraian tersebut tetap masih terdapat kesulitan. Letak kesulitan itu adalah untuk menarik batas antara:

- a. Persiapan pelaksanaan (*voorbereidings-handeling*)
 - yang tidak dipidana, dengan
- b. tindakan pelaksanaan (*uitvoerings-handeling*)
 - yang dipidana.

Batas yang tegas antara ketentuan a dan ketentuan b, juga tidak dirumuskan secara tegas. Dengan demikian persoalan ini hanya akan (dapat) dipecahkan secara kasuistik (mengumpulkan dan menilai rentetan-rentetan kejadian yang mungkin ada), baik menurut suatu peraturan yang tidak mungkin ditampung dalam undang-undang, maupun menurut ilmu pengetahuan hukum pidana.

Tindakan yang dapat dianggap sebagai permulaan-pelaksanaan tindakan (yang dapat dipidana) ialah: setiap tindakan yang telah membuktikan kehendak yang kuat dari pelaku. Jika pendapat ini diterapkan kepada contoh kasus Amat-Badu, maka baru pada saat melakukan rentetan 6 dapat dibuktikan adanya kehendak yang kuat. Tampak sekarang bahwa dengan adanya *pembatasan* itu, rentetan-rentetan sebelum 6, tidak lagi dianggap sebagai permulaan-pelaksanaan-tindakan.

Dapat pula dinyatakan, bahwa yang dapat dianggap sebagai permulaan pelaksanaan tindakan adalah apabila *tindakan itu mempunyai sifat terlarang* terhadap suatu kepentingan hukum. Jika pembatasan ini diterapkan kepada contoh kasus Amat-Badu, maka rentetan-rentetan 6, 7 dan 8 yaitu mengisi pistol, mengarahkannya kepada B dan lalu menembakkannya, yang dapat dianggap sebagai permulaan-pelaksanaan tindakan.

Sementara Simons¹⁷¹ (penganut ajaran objektif) memberikan ciri-ciri dari tindakan pelaksanaan yang bertolak-pangkal pada perumusan undang-undang sebagai berikut: pada delik formal dikatakan ada permulaan-pelaksanaan-tindakan, bilamana tindakan itu merupakan sebahagian dari perbuatan yang dirumuskan (terlarang) oleh undang-undang, dan pada delik-material bilamana tindakan itu menurut sifatnya *langsung* akan menimbulkan akibat yang dilarang oleh undang-undang. Jadi tidak ada tindakan lainnya lagi antara tindakan tersebut dengan akibat yang seharusnya akan terjadi.

Ternyata putusan-putusan *Hoge Raad* pun, seiring dengan ajaran objektif dalam menentukan ciri-ciri dari permulaan-pelaksanaan-tindakan itu pada: adanya hubungan langsung (*rechtstreeks verband, noodzakelijk en onmiddelijk verband*) antara tindakan dengan kejahatan yang diniatkan oleh pelaku.¹⁷² Putusan-putusan *Hoge Raad* tersebut antara lain adalah:

- a. Dalam hal kejahatan perkosaan, seorang pria telah merangkul seorang wanita dan menciumnya. Kemudian memaksanya tergeletak di atas tanah, dan menyumbat mulut wanita itu supaya tidak berteriak. Tetapi wanita itu mengadakan perlawanan yang kebetulan pula kemudian mendapat pertolongan dari dua orang laki-laki lainnya, sehingga tidak dapat diselesaikan perkosaan itu. *Hoge Raad* telah memutuskan adanya (permulaan) tindakan-pelaksanaan (*Arrest Hoge Raad 11 Januari 1904 W 8015*). Sejiwa dengan putusan ini, *Hoge Raad* telah menetapkan adanya permulaan-pelaksanaan-tindakan pada kejahatan-pencurian Pasal 365 KUHP, bilamana untuk maksud mempersiapkan atau mempermudah pencurian itu, telah adanya kekerasan terhadap seseorang yang akan dirugikan itu (*Putusan Hoge Raad, 28 Juli 1911 W. 9225 dan 27 Juni 1932. W. 12520*).
- b. Pada putusan *Hoge Raad* tentang kejahatan pembakaran (*brandstichtingsarrest, arrest Hoge Raad, 19 Maret 1934, W. 12731*), telah diputuskan tidak ada permulaan pelaksanaan tindakan, karena tidak ada tindakan pelaku yang cukup berdekatan untuk penyelesaian pembakaran itu yang dapat dianggap sebagai (permulaan) pelaksanaan tindakan. kejadiannya adalah sebagai berikut: Tersangka A telah berniat untuk membakar suatu

¹⁷¹ Simons. *Kitab Pelajaran Hukum Pidana (Leerboek van Het Nederlanches Strafrecht)*, Terjemahan P.A.F. Lamintang (Bandung: Pionir, 1992), hlm. 170.

¹⁷² Schreuder *Op. Cit.*, hlm. 216.

rumah. Pada beberapa kamar telah dipasang bahan-bahan pembakar dan di dapur di atas kompor gas telah ditaruh sebuah pistol gas yang jika seberkas api meloncat, akan terbakar seluruh rumah. Pada pelatuk pistol gas diikatkan seutas tali dan diulurkan melalui tembok rumah ke luar. Tindakan selanjutnya bagi tersangka hanyalah, jika nanti sudah gelap (malam), ia akan kembali ke rumah itu untuk mengambil beberapa bungkus, dan kemudian menarik ujung tali yang terulur itu dan akan terbakarlah seluruh rumah. Rencana terakhir tidak dapat dilaksanakan karena orang-orang telah banyak mengerumuni rumah itu setelah mencium bau bensin. Untuk kejadian tersebut tersangka A ditahan kemudian dibebaskan. Putusan *Hoge Raad* ini telah banyak dikritik, terutama sekali oleh para sarjana yang beraliran ajaran subjektif.

Schreuder telah membuat catatan mengenai putusan terakhir ini sebagai berikut :

- Bahwa *Hoge Raad* tidak melepaskan diri dari syarat-syarat:
"Harus adanya hubungan-langsung antara tindakan dengan rumusan delik menurut undang-undang" seperti telah pernah diputuskannya. (Bukankah tindakan A itu tidak akan menimbulkan kebakaran jika tidak ada tindakan-lanjutannya?)
- Bahwa *Hoge Raad* bertolak pangkal pada pendirian: bahwa tak ada percobaan yang (pelakunya) dapat dipidana, selama masih ada kemungkinan (kesempatan) bagi pelaku untuk mengurungkan niatnya secara sukarela dan kehendak yang kuat dari pelaku belum begitu tegas.

Sejalan dengan ajaran percobaan objektif, ada juga terdapat putusan Mahkamah Agung dalam tingkat kasasi tentang percobaan pencurian, yang dalam amar putusannya mengatakan antara lain, bahwa perbuatan yang baru berupa menyembunyikan diri saja belum dapat dianggap sebagai permulaan pelaksanaan (tindakan), oleh karena belum dapat dianggap membahayakan kepentingan hukum, sehingga demikian terdakwa dibebaskan.

Kasusnya adalah sebagai berikut: Seorang karyawan kantor pos di Medan berniat mencuri barang-barang yang berharga yang terdapat dalam kantor-pos tersebut. Mendekati saat kantor-pos ditutup (siang harinya), pegawai tadi menyembunyikan diri dalam kamar-kecil, dengan maksud setelah semua pegawai pulang, kantor ditutup, ia akan ke luar kamar kecil itu untuk laksanakan niatnya. Malang bagi pegawai itu yang pada saat ia berada dalam kantor setelah ke luar dari kamar kecil, kepala kantor-pos berkebetulan kembali lagi ke kantor itu yang bermaksud akan mengambil beberapa surat untuk dikerjakan di rumah dan menemukan pegawai itu. Atas pertanyaan kepala kantor-pos tersebut, tadi terus terang mengakui niatnya. Kepala kantor pos lalu menyerahkan pegawai itu kepada polisi untuk mengurus perkara tersebut. Kepala polisi tersebut, pegawai itu juga mengakui tentang adanya kehendaknya untuk melakukan pencurian. Hakim

Pengadilan Negeri dalam putusannya telah menyatakan terbuktinya percobaan terhadap pencurian setelah diperiksa dalam sidang dan memidana pegawai tersebut.

Pegawai itu tidak menerima putusan Pengadilan Negeri tersebut, lalu ia memohon naik banding. Ternyata Pengadilan Tinggi sependapat dengan putusan pertama, lalu menguatkan putusan pertama dalam Putusan Banding. Kemudian pegawai itu mengajukan kasasi kepada Mahkamah Agung, karena ia tetap pada pendiriannya tidak dapat menerima putusan tersebut. Ternyata Mahkamah Agung memberikan putusan-sendiri membebaskan karyawan kantor pos tersebut.

Terhadap adanya disparitas adanya dua aliran dalam percobaan ini, Pompe¹⁷³ yang tidak merasa puas baik kepada ajaran subjektif maupun kepada ajaran objektif, melihat adanya kekurangan-kekurangan pada ajaran-ajaran tersebut, memberikan pembatasannya sebagai berikut: Tindakan-pelaksanaan dianggap ada, pada setiap tindakan yang memungkinkan pelaksanaan penyelesaian dari kejahatan tersebut. Dengan perkataan lain suatu tindakan, yang ditujukan untuk menyatakan penyelesaian-tindakan pelaksanaannya. Kenyataan itu dapat juga disebut sebagai "bahaya", tetapi bukan bahaya terhadap kepentingan-hukum, melainkan bahaya akan terselesaikannya kejahatan tersebut. Kiranya pendirian Pompe ini dapat disebut sebagai jalan tengah antara kedua ajaran tersebut, untuk menutup kekurangan-kekurangan yang dikonstatirnya pada masing-masing ajaran itu.

Sejalan dengan pendirian Jonkers¹⁷⁴, percobaan yang dimaksud oleh undang-undang, (sebagaimana dirumuskan dan demikian pula berdasarkan nilai-nilai keadilan), bukan hanya mempersoalkan keberbahayaan dari pelaku dan bukan pula hanya mempersoalkan keberbahayaan dari tindakan pelaku melainkan sesuai dengan problema hukum pidana di mana pelaku dan tindakannya tidak mungkin dipisahkan, baik pelakunya maupun tindakannya harus mendapat penilaian yang wajar. Penilaian dengan hanya mengutamakan keberbahayaan dari pelaku saja adalah berat sebelah, demikian pula sebaliknya. Hukum-pidana tidak hanya melindungi kepentingan sepihak saja, tetapi semua pihak dengan nilai-nilai keadilan yang hidup serta sebanyak mungkin memuaskan semua pihak

Sejajar dengan pendirian Pompe, adalah lebih tepat untuk menganggap ada tindakan-pelaksanaan (dari permulaannya sampai dengan terhentinya) apabila *niat pelaku* (yang sudah ternyata dalam tindakannya) dan tindakannya itu sendiri, menurut penilaian yang wajar sudah mendekati kenyataan akan terwujudnya penyelesaian kejahatan itu. Sungguhpun perumusan ini belum sempurna tetapi diharapkan bahwa faktor-faktor berikut ini akan tercakup pula sebanyak mungkin di dalamnya, yaitu:

¹⁷³ Pompe, *Op. Cit.*, hlm. 201.

¹⁷⁴ Jonkers, *Op. Cit.*, hlm. 97.

- a. Adanya hubungan langsung dalam arti diperluas antara tindakan (pelaksanaan) dengan terselesaikannya kejahatan yang dituju;
- b. Antara tindakan (yang terhenti) dengan penyelesaian kejahatan, menurut perhitungan yang wajar sudah tidak ada lagi kesempatan untuk mengurungkan niatnya atau untuk menarik diri secara sukarela;
- c. Keberbahayaan dari kepentingan hukum sudah dapat dipandang ada, yang sesuai dengan maksud perlindungan hukum terhadap kepentingan tersebut;
- d. Keberbahayaan pelaku yang ternyata dari tindakannya menurut penilaian umum sudah harus dicegah;
- e. Dan akhimya, baik *niat* yang sudah ternyata dari tindakannya itu maupun *tindakannya* itu sendiri sudah dapat dianggap merupakan suatu kenyataan akan dapat terselesaikannya kejahatan, jika tidak ada penghalang di luar kemauan pelaku. Dan kenyataan ini sekaligus memberi kualifikasi dari "percobaan sebagai tindak pidana khusus".

Jika dipersoalkan, yang manakah di antara (a) sampai dengan (e) yang harus diutamakan? Jawabnya ialah, justru karena KUHP tidak memberi batasan yang tegas, maka persoalan tersebut harus dipecahkan secara kasuistik.

Pendirian seperti tersebut di atas ini kiranya harus didasarkan kepada kebutuhan dan kesadaran-hukum dari masyarakat yang bersangkutan. Bertalian dengan ini telah pernah diutarakan ketika membahas pembelaan-terpaksa, yaitu mengenai apakah pemasangan "perangkap" termasuk pembelaan terpaksa atau tidak. Contoh yang disitir oleh Wirjono¹⁷⁵ mengenai suatu kejadian: "Bahwa pada tahun 1948 di Surabaya dengan tujuan mencegah pencurian oleh orang yang memanjat tembok pekarangannya, di atas tembok itu dipasang kawat-kawat listrik. Kemudian ada seorang pencuri memanjat tembok itu dan menyentuh kawat-kawat listrik dan meninggal dunia, Kini pun pemasang kawat listrik itu dihukum", telah dikomentari Oleh beliau dan antara lain: "... kalau di suatu tempat pencurian-pencurian merajalela, sehingga tindakan-tindakan semacam yang dilakukan oleh para pemilik barang tersebut, *merupakan satu-satunya jalan* untuk maka sekiranya dapat saja dianggap ada *noodweer* atau membela diri dari pihak para pemilik barang".

Dari pendapat tersebut jika dihubungkan dengan percobaan, seandainya calon pencuri itu tidak mati tetapi hanya mendapat cedera saja, pada saat dia menyentuh kawat-listrik itu dapat dipersoalkan: apakah telah terjadi percobaan terhadap pencurian? Menurut pembatasan yang telah diutarakan di atas dihubungkan dengan pendapat dari Wirjono kiranya adalah lebih tepat untuk mengatakan bahwa percobaan terhadap pencurian telah terjadi. Dengan perkataan lain permulaan pelaksanaan tindakan telah ada/ternyata. Pada contoh yang

¹⁷⁵ Wirjono, *Op. Cit.*, hlm. 67.

dikomentari itu jelas terlihat perlu adanya gabungan penilaian antara keberbahayaan dari si pencuri dengan tindakannya yang membahayakan milik pemasang kawat listrik tersebut.

3. Pelaksanaan tindakan tidak selesai karena keadaan di luar kehendak pelaku.

Pada syarat ketiga ini ada tiga macam hal yang menjadi perhatian yaitu:

- a. Tidak selesai
- b. Hanya
- c. Keadaan-keadaan di luar kehendak pelaku.

Bahwa dari rumusan ketiga syarat di atas yang tidak selesai itu adalah kejahatan, atau kejahatan itu tidak terjadi sesuai dengan ketentuan dalam undang-undang, atau tidak sempurna memenuhi unsur-unsur dari kejahatan menurut rumusannya. Dengan perkataan lain niat pelaku untuk melaksanakan kejahatan tertentu yang sudah dinyatakan dengan tindakannya **terhenti** sebelum sempurna terjadi kejahatan itu. Dapat juga dikatakan, bahwa tindakan untuk merugikan sesuatu kepentingan hukum yang dilindungi oleh undang-undang-hukum-pidana itu terhenti sebelum terjadi "kerugian" yang sesuai dengan perumusan undang-undang.

Sementara yang dimaksud dengan keadaan di luar kehendak pelaku, adalah setiap keadaan baik badaniah (fisik) maupun rohaniyah (*psychis*) yang datang dari luar yang menghalangi atau menyebabkan tidak sempurna terselesaikan kejahatan itu. Keadaan badaniah, dalam hal pembunuhan yang hendak dilakukan A terhadap B misalnya:

- Pada saat A membidikkan pistolnya, dipukul oleh orang ketiga.
- Teh beracun yang disediakan A (pembantu) ketika hendak diminum oleh B (majikannya), mendadak diserbu oleh seekor kucing, sehingga tumpah seluruhnya.
- Tembakan yang mengenai B, hanya mengakibatkan luka ringan, atau tidak apa-apa karena tembakannya A meleset. A tidak jadi menembakkan pistolnya karena mendadak tanah injaknya longsor atau terjadi gempa bumi, dan lain sebagainya.

Keadaan-keadaan rohaniyah. Misalnya pada saat ia hendak menembakkan pistolnya, ia merasa **takut** karena jangan-jangan di sekitarnya itu ada petugas-petugas hukum yang akan memergoki perbuatannya, Keadaan itu bukan hanya tindakan manusia saja, tetapi juga perbuatan makhluk lainnya, maupun karena peristiwa alam. Bahkan keadaan kerohanian yang datang dari luar, hingga tidak terselesaikan hal itu berada di luar kehendak pelaku. Rasa takut sebagai penyebab tidak diselesaikannya tindakan itu dalam hukum pidana sebagai keadaan yang berada di luar kehendak pelaku. Tetapi apakah rasa takut itu selalu dapat dianggap

sebagai pemenuhan syarat ke-3 dari percobaan yang dengan demikian dapat dipidana, tergantung daripada: *kapankah* rasa takut itu telah mempengaruhi pelaku, yang menyebabkan dia tidak meneruskan tindakannya itu? Kalau misalnya rasa takut itu telah mempengaruhi Amat pada saat-saat faktor tersebut 1) sampai dengan 3) pada contoh kasus "Amat-Badu" yang karenanya ia mengurungkan niatnya dengan sukarela, maka tiada percobaan telah terjadi. Tegasnya tenggang waktu yang dapat dibenarkan untuk menyatakan rasa penyesalan dihubungkan dengan syarat kedua dan ketiga, harus selalu menjadi perhatian dan menilainya secara kasuistik pada tiap-tiap kejadian.

Penggunaan istilah **hanyalah**, perlu mendapat perhatian pula. Berarti, kendati pengurangan niat atau tidak meneruskan pelaksanaan tindakan tersebut secara sukarela dan karena penyesalan, tetapi disertai dengan perasaan **takut** tetap masih dapat dipidana karena percobaan.

Kalau tidak selesainya tindakan-pelaksanaan itu adalah karena keadaan yang sesuai atau yang tergantung kepada kehendak pelaku, maka dikatakan syarat ke-3 dari percobaan ini dianggap tidak dipenuhi. Keadaan yang tergantung kepada kehendak pelaku adalah bilamana ia dengan sukarela mengundurkan diri (*vrijwillig terugtreden*) atau dengan kemauan sendiri, tanpa paksaan atau pengaruh di luar kehendaknya menghentikan/tidak melanjutkan tindakannya itu. Tenggang waktu untuk masih dapat dianggap ada *rasa-penyesalan*, harus dinilai secara kasuistik pada tiap-tiap persoalan. Karena dalam praktik kehidupan sehari-hari keadaan-keadaan tidak selalu sama. Misalnya dalam kasus "pencuri yang kena listrik" di atas, rasa penyesalan hanya mungkin ada sampai dengan saat "pencuri" itu akan menyentuh kawat listrik. Tetapi seandainya pencuri itu dapat meloncati/ melewati kawat-listrik itu sampai di pekarangan di mana benda yang hendak dicuri itu berada, kemudian ia merasa menyesal dan meloncat ke luar tembok kembali, kesempatan untuk menganggap ada *rasa-penyesalan*, sebaiknya dapat diterima. Demikian juga seorang pembantu yang pada saat majikannya meminum teh beracun yang disediakannya, dengan segera mencegah dan minta ampun atas kekeliruannya harus dianggap ada "*rasa-penyesalan*" tersebut.

Mudah dapat dipahami bahwa pengunduran diri, karena rasa penyesalan, seakan-akan merupakan peniadaan pidana (*starf-uitluitingsgrond*). Ada juga beberapa negara-negara asing yang menentukan bahwa pengunduran diri karena rasa penyesalan ini sebagai salah satu dasar peniadaan pidana dalam perundang-undangnya, tetapi dalam sistem per-undang-undangan kita di Indonesia tidak dikenal.

C. Teori-Teori Mengenai Percobaan

C.1. Percobaan yang Tidak Wajar (*Ondeugdelijke Posing*)

Dikatakan percobaan yang tidak wajar, bilamana niat pelaku telah dinyatakan dengan adanya permulaan pelaksanaan tindakan, tetapi tidak selesai pelaksanaan tindakan itu, adalah karena tidak mungkin terjadi dan di luar kehendaknya. Tegasnya ada keadaan yang di luar kehendak pelaku, yang tidak memungkinkan penyelesaian-tindakan itu, walaupun ia telah melakukan tindakan-tindakan ke arah penyelesaian itu. Keadaan itu bukan merupakan halangan/rintangan yang dilakukan oleh manusia, makhluk lainnya atau alam, melainkan karena alat untuk menyelesaikan tindakan itu, atau **sasaran** dari tindakan itu tidak wajar, yang tidak diketahui oleh pelaku. Jadi bukan percobaannya yang tidak wajar, tetapi ditujukan kepada alat atau sasarnya.

Untuk memudahkan memahami percobaan yang tidak wajar dalam hubungannya dengan ajaran-ajaran subjektif dan objektif, di bawah ini diberikan beberapa contoh.

a. Alatnya mutlak tidak wajar.

A pergi ke apotek untuk membeli arsenikum (racun tikus) dengan maksud memasukkannya ke dalam minuman B, supaya B mati. Karena kesalahan apoteker, telah diberikan sebungkus gula kepada A yang seharusnya arsenikum. A tidak mengetahui kekeliruan itu. Sesampainya di rumah benda tersebut telah dilarutkan ke dalam minuman B. Ternyata setelah B meminumnya, tidak terjadi apa-apa.

b. Alatnya relatif tidak wajar.

C berniat membunuh D, dengan menggunakan arsenikum. Ternyata setelah diminum oleh D, ia hanya agak sakit perut saja. Hal ini mungkin karena takaran (dosis) arsenikum kurang, atau karena daya tahan D terhadap arsenikum itu sangat kuat.

c. Sasaran mutlak tidak wajar.

E hendak membunuh F yang sudah sakit jantung. Pada suatu malam E yang mengira F sedang tidur, ditembaknya beberapa kali, sehingga ia yakin bahwa F telah mati karena tembakannya itu. Ternyata menurut visum dokter dekat sebelum penembakan itu, F sudah mati. Berarti E telah menembak mayat.

d. Sasaran relatif tidak wajar

G berniat membunuh H. Pada suatu ketika G menusuk H dengan sebuah kelewang. Ketika H ditusuk, di luar dugaan malah kelewang tersebut yang bengkok karena H memakai tameng besi, di dalam baju H tidak menderita apa-apa.

Menurut ajaran subjektif, A, C, E dan G telah menyatakan niatnya dengan pelaksanaan-tindakan dan sifat keberbahayaan para pelaku telah ternyata pula. Maka dalam keempat contoh kejadian tersebut sudah terjadi percobaan, karena itu dapat dipidana.

Tetapi penilaian berdasarkan ajaran objektif, pada umumnya hanya pada contoh b dan d, dianggap ada keberbahayaan kepentingan-kepentingan hukum, karenanya telah ada percobaan terjadi dan dapat dipidana. Pada contoh a dan c dikatakan tidak terjadi keberbahayaan bagi kepentingan hukum, karenanya tidak terjadi percobaan dan tidak dapat dipidana. Alasan-alasan yang dikemukakan ialah bahwa pada contoh a di atas, gula pada umumnya tidak merupakan racun yang mematikan manusia. Dalam hal ini dikecualikan orang-orang yang berpenyakit gula. Sementara pada c dikatakan, sasaran dari suatu pembunuhan adalah manusia. Mayat tidak mungkin jadi sasaran pembunuhan, karena itu tidak mungkin terjadi pembunuhan, demikian pula percobaan terhadap pembunuhan.

Pemecahan persoalan sekitar percobaan yang tidak wajar, ternyata tidak sesederhana seperti telah diutarakan di atas. Ini terbukti dari Putusan-putusan pengadilan yang pernah terjadi antara lain sebagai berikut:

- **Kasus “Peti-uang”**

Seseorang telah dipersalahkan melakukan percobaan terhadap pencurian karena ia telah membongkar peti-uang dengan maksud akan mengambil uang dari dalam. Di luar dugaannya ternyata peti-uang itu kosong. Pertimbangan hakim ialah bahwa peti-uang itu, pada umumnya berisi uang.

- **Kasus pencopet**

Seorang pencopet juga telah dipersalahkan melakukan percobaan pencurian, karena ia memasukkan tangannya ke kantong seorang wanita dengan maksud menggaet uang tetapi tertangkap basah. Apakah kantong itu sedang berisi uang atau tidak, tidak dipersoalkan. Yang dijadikan pertimbangan adalah bahwa kantong itu pada umumnya berisi uang¹⁷⁶). Sejalan dengan dua putusan tersebut di atas, masih banyak contoh-contoh yang dapat diberikan misalnya:

- **Kasus pistol kosong**

A mau membunuh B dengan pistol. Ternyata ketika A menembak, pistol itu kosong. Jika pertimbangan ditekankan pada “kosongnya peluru”, maka pistol itu adalah alat yang mutlak tidak wajar. Sampai kapan pun, pistol tanpa peluru, tak akan dapat ditembakkan untuk membunuh Tetapi jika pertimbangan ditekankan pada keberbahayaan dari pistol dia acungkan, sedangkan pistol tersebut mungkin saja terisi, baik karena pemakai itu sendiri lupa mengosongkannya atau diisi salah

¹⁷⁶ Schreuder, *Op. Cit.*, hlm. 224.

seorang anggota keluarganya maka pistol itu pada umumnya dapat membunuh orang.

- **Contoh kasus percobaan pembunuhan dengan racun.**

Jonkers¹⁷⁷ telah memberi suatu contoh di mana beliau telah menganggap ada percobaan-pembunuhan. Kejadiannya adalah sebagai berikut: Seorang pelayan berniat membunuh majikannya dengan meracuni minuman yang biasanya dihidangkannya. Sebelum dihidangkannya, ternyata minuman tersebut telah diganti oleh pelayan lainnya yang bentuk dan warnanya sama tetapi tanpa racun. Kemudian pelayan kedua itu menghidangkan minuman yang telah diganti tersebut. Setelah majikan meminumnya tidak terjadi apa-apa.

Dari contoh-contoh yang diutarakan di atas jelas kelihatan betapa sulitnya untuk memberi garis batas antara yang mutlak dan yang relatif. Kemutlakan atau kerelatifan itu, jika dasar penilaiannya adalah: apakah wajar atau tidak, terlepas dari seluruh kejadian yang terkait padanya, akan tidak memuaskan rasa keadilan. Artinya jika tolak-pangkal pemikiran terletak pada tanya-jawab: apakah pistol tanpa peluru dapat menembak mati seorang manusia atau tidak? Jika tidak, pistol itu adalah mutlak tidak wajar. Apakah minuman biasa (tanpa racun) mematikan manusia atau tidak? Jika tidak, maka minuman itu adalah mutlak tidak wajar.

Pada akhirnya, untuk menilai kemutlakan dan kerelatifan, tidak tepat hanya mendasari penilaian kepada wajar atau tidaknya sesuatu *alat* atau *sasaran* saja. Juga kurang tepat hanya mendasari penilaian kepada *keberbahayaan* dari *pelaku* yang telah menyatakan niatnya dengan suatu tindakan, tetapi harus dinilai seluruh kejadian baik mengenai keberbahayaan dari pelaku maupun wajar/tidaknya alat atau sasarannya. Jelaslah bahwa pertimbangan-pertimbangan itu banyak tergantung pada cara menafsirkan dan cara menilai seluruh kejadian yang saling berkaitan antara satu dengan yang lain.

C.2. Percobaan Dikualifisir, Sempurna Selesai, dan Tercegat

Ada beberapa ajaran lainnya yang sering dibicarakan sehubungan dengan percobaan. Kendati ajaran ini hingga saat ini belum penting karena sistem hukum pidana kita tidak mengenalnya, akan tetapi perlu juga sekadar diketahui. Ajaran/pengertian tersebut adalah apa yang dinamakan: "*percobaan yang dikualifisir*"

Percobaan yang dikualifisir adalah, bilamana pelaku membatalkan lanjutan tindakan yang diniatinya secara sukarela, untuk melakukan suatu tindak-pidana (kejahatan) tertentu, tetapi telah memenuhi unsur-unsur dari tindak-pidana lainnya. Dalam hal ini pelaku dapat dituntut pidana berdasarkan tindak-pidana lainnya itu.

¹⁷⁷ Jonkers, *Op. Cit.*, hlm. 103.

Contohnya: A hendak membunuh B sekeluarga. Untuk melaksanakan niatnya itu, pada tengah malam A menyiram rumah B dengan bensin dan membakarnya dengan maksud supaya B sekeluarga mati terbakar. Tetapi setelah terjadi kebakaran, ia merasa menyesal (secara sukarela), lalu ia mendobrak salah satu pintu yang belum terbakar dan turut mengusahakan supaya B dan keluarganya selamat. Akhirnya B dan keluarganya selamat, tetapi rumah B tetap terbakar. Dalam hal ini A dipersalahkan melakukan pembakaran rumah, sedangkan untuk percobaan-pembunuhan tidak. Artinya percobaan untuk membunuh yang tidak dipidana diubah menjadi pembakaran.

Sekiranya terhindarnya B dengan keluarganya dari pembunuhan, bukan atas usaha A, maka untuk ini ada yang berpendapat bahwa telah terjadi percobaan terhadap pembunuhan (bergabung/*samenloop*) dengan pembakaran Pasal 340 jo 53 dan 187 ke-2 KUHP, tetapi ada yang menyederhanakannya bahwa hanya kejahatan tersebut Pasal 187 ke-2 yang terjadi (percobaan yang dikualifisir). Pendapat yang Pertama adalah lebih luas daripada yang kedua. Demikian juga halnya jika seorang hendak membunuh lawannya tetapi hanya luka yang terjadi, dikualifisir sebagai penganiayaan

C.3. Percobaan Terhadap Makar dan Mufakat Jahat

Ketentuan-ketentuan lain yang mirip dengan percobaan yang diatur dalam KUHP adalah *makar* dan *mufakat jahat*. Menurut Pasal 87 KUHP, dikatakan ada makar terhadap suatu tindakan, jika niat pelaku telah dinyatakan dengan adanya permulaan-pelaksanaan-tindakan, seperti dimaksud dalam Pasal 53 KUHP.

Makar, hanya pada beberapa kejahatan tertentu saja ditentukan dalam KUHP. Terutama dalam buku kedua bab I, II dan III (kejahatan terhadap keamanan negara, martabat presiden dan wakil presiden, sahabat dan kepala negara sahabat serta wakilnya). Dihubungkannya makar dengan percobaan (Pasal 53 KUHP), ditafsirkan bahwa dari tiga syarat percobaan yang ditentukan. Untuk menentukan *adanya makar* sudah cukup jika dipenuhi dua syarat yang terdahulu saja. Selanjutnya untuk adanya makar tidak perlu dipersoalkan, apakah yang itu berhasil atau ancaman pidana bagi *makar* yang sudah sempurna (Pasal 87 KUHP) terhadap suatu kejahatan tertentu, percobaan terhadap kejahatan tersebut (misalnya pembunuhan Presiden) dan terselesaikan “kejahatan khusus” itu sendiri *sama saja* dan termasuk dalam ketentuan pada pasal yang bersangkutan (kejahatan selesai). Perlu diperhatikan juga bahwa pembatalan niat secara suka rela dalam soal makar tidak meniadakan pidana.

Pasal 88 KUHP menentukan: Dikatakan ada mufakat jahat, jika dua atau lebih telah mufakat untuk melakukan kejahatan. Jika dibandingkan ketentuan dalam pasal ini dengan ketentuan percobaan terutama hal-hal yang dibahas dalam syarat kedua dari percobaan, yaitu persiapan-pelaksanaan (yang tidak dipidana) dan

tindakan-pelaksanaan (yang dipidana), maka mufakat jahat termasuk dalam pengertian pelaksanaan. Jika dalam percobaan, kegiatan sampai persiapan pelaksanaan saja belum diancam pidana, maka pada mufakat jahat (yang hampir sama dengan persiapan pelaksanaan) untuk kejahatan tertentu, sudah diancam pidana (para pelakunya). Ketentuan seperti ini sengaja diadakan justru untuk dapat mencegah kejahatan tertentu tersebut pada tingkat permulaannya sekali.

Persoalan lainnya yang timbul sehubungan hal-hal yang diutarakan di atas ialah: "Apakah percobaan terhadap kejahatan-kejahatan tersebut (makar, mufakat jahat dan pasal-pasal tertentu yang sifat tindakannya merupakan persiapan-pelaksanaan) mungkin ada dan dapat dipidana? Secara teoretis memang mungkin saja ada. Bukankah ketentuan dalam Pasal 53 KUHP itu berlaku terhadap kejahatan yang diatur dalam buku kedua KUHP? Tetapi dalam kenyataannya percobaan-percobaan terhadap kejahatan-kejahatan tertentu tersebut, sulit untuk dibayangkan terjadi, karena hal ini berarti akan menilai tindakan-tindakan yang jauh ke permulaan persiapan tindakan. Misalnya tindakan-tindakan yang mendahului berusaha-menggerakkan orang lain yang tersebut dalam Pasal 110 (2) ke-1 KUHP sukar sekali menentukannya sehubungan dengan percobaan. Demikian juga halnya dengan percobaan terhadap percobaan hanyalah mungkin secara teoretis saja, yang dalam kenyataannya tidak ada manfaatnya.

Pada akhirnya perlu juga diingat ketentuan dalam Pasal 86 KUHP sehubungan dengan percobaan, yaitu bahwa "percobaan melakukan kejahatan", termasuk juga dalam pengertian istilah kejahatan yang digunakan dalam Undang-undang hukum pidana, kecuali jika dinyatakan sebaliknya oleh suatu aturan. Ketentuan dalam Pasal 53 KUHP sendiri termasuk ketentuan yang mengatur sebaliknya dari Pasal 86. Berdasarkan Pasal 86, jika kejahatan tertentu itu merupakan kejahatan-aduan, maka percobaan terhadapnya-pun, merupakan percobaan delik aduan. Demikian juga jika kejahatan tertentu tersebut adalah kejahatan ringan, maka percobaan terhadapnya adalah percobaan terhadap kejahatan ringan. Padahal percobaan terhadap kejahatan ringan tidak diancam pidana.

V.

PENYERTAAN (*DEELNEMING*)

A. Dasar Hukum

Mengenai penyertaan dalam melakukan perbuatan pidana, diatur di dalam Pasal-pasal 55 s/d 62 KUHP.

Pasal 55 KUHP

1. *Dipidana sebagai pembuat (dader) sesuatu perbuatan pidana:*
 - Ke 1 : Mereka yang melakukan, yang menyuruh lakukan dan yang turut serta melakukan perbuatan;*
 - Ke 2 : Mereka yang dengan memberi menjanjikan sesuatu, dengan menyalahgunakan kekuasaan atau martabat, dengan kekerasan, ancaman atau penyesatan atau dengan memberi kesempatan, sarana atau keterangan sengaja menganjurkan orang lain supaya melakukan perbuatan.*
2. *Terhadap penganjur hanya perbuatan yang sengaja dianjurkan sajalah yang diperhitungkan, beserta akibat-akibatnya.*

Dari perumusan Pasal 55 KUHP tersebut, ternyata yang digolongkan/dianggap sebagai pelaku (*daders*) ada 4 (empat) macam, yaitu:

1. Mereka yang melakukan sendiri sesuatu perbuatan pidana (*plegen*).
2. Mereka yang menyuruh orang lain untuk melakukan sesuatu perbuatan pidana (*doen plegen*).
3. Mereka yang turut serta (bersama-sama) melakukan sesuatu perbuatan pidana (*medeplegen*).
4. Mereka yang dengan sengaja menganjurkan (menggerakkan) orang lain untuk melakukan perbuatan pidana (*uitloking*).

Meskipun Pasal 55 KUHP menggolongkan *daders* dalam 4 macam tersebut di atas, tetapi kemudian KUHP hanya membedakan 2 arti, yaitu:

1. Dalam arti luas, yaitu yang mencakup keempat golongan *daders* tersebut di atas.
2. Dalam arti sempit, yaitu *dader* dalam golongan No. 1 saja.

B. Pengertian Penyertaan

Pada dasarnya, suatu rumusan tindak pidana (delik) itu hanya diperuntukkan untuk pelaku tunggal, sehingga adanya ketentuan tentang penyertaan (*deelneming*) sebagaimana terdapat dalam Pasal 55 dan 56 KUHP menjadi sangat strategis untuk dibahas.

Bahwa yang dimaksud dengan pelaku adalah seorang yang melakukan suatu perbuatan, dalam hal ini suatu perbuatan pidana. Istilah pelaku selalu dikaitkan dengan unsur-unsur dari sesuatu tindak pidana. Jadi menurut ilmu hukum pidana yang dimaksud dengan pelaku adalah barang siapa yang telah mewujudkan/memenuhi semua unsur-unsur (termasuk unsur subjek) dari sesuatu tindak pidana sebagaimana unsur-unsur itu dirumuskan dalam undang-undang.

Dalam tataran praktis, terdapat kesulitan untuk menentukan siapakah yang dimaksud dengan “pelaku”, manakala terjadi suatu tindak pidana (delik) yang dilakukan oleh lebih dari satu orang pelaku. Hal mana jika pelakunya hanya satu orang saja, tiada persoalan mengenai hubungan unsur subjeknya dengan unsur lainnya. Tetapi jika pelakunya lebih dari satu orang, maka terdapat perbedaan paham antara para sarjana mengenai apakah setiap peserta harus memenuhi setiap unsur tindak pidana tersebut. Sebagaimana diketahui bahwa penyerta pada umumnya dibagi dalam dua golongan saja yang *diukur dari pembedaannya* yaitu golongan yang disamakan dengan pelaku dan golongan pembantu.

Secara luas dapat disebutkan bahwa seseorang turut serta ambil bagian dalam hubungannya dengan orang lain, untuk mewujudkan suatu tindak pidana, mungkin jauh sebelum terjadinya (misalnya: merencanakan), dekat sebelum terjadinya (misalnya: menyuruh atau menggerakkan untuk melakukan memberikan keterangan dan sebagainya), pada saat terjadinya (misalnya: turut serta, bersama-sama melakukan atau seseorang itu dibantu oleh orang lain) atau setelah terjadinya suatu tindak pidana (menyembunyikan pelaku atau hasil tindak pidana pelaku).

Selanjutnya, jika subjek itu hanya satu orang saja, maka tidak ada persoalan mengenai siapa yang dipertanggungjawabkan, jika semua unsur-unsurnya telah terpenuhi. Tetapi bilamana subjek itu terdiri dari dua orang atau lebih, maka timbullah persoalan mengenai: apakah tiap subjek itu harus memenuhi semua unsur-unsur dari tindak pidana tersebut, bagaimana hubungan antara subjek-subjek tersebut dan terutama bagaimanakah pertanggungjawaban pidana setiap subjek.

Pembedaan hubungan antara para pelaku peserta tersebut adalah sangat penting karena akibat hukum atau pertanggungjawaban yang dikaitkan pada para pelaku-peserta dibedakan secara tegas tergantung pada erat tidaknya hubungan-hubungan itu. Demikianlah misalnya pertanggungjawaban pidana dari dua orang atau lebih yang bersama-sama melakukan suatu tindak pidana adalah sama, tetapi antara pelaku (utama) dan yang membantunya tidak sama.

Pada akhirnya, dapat dikatakan bahwa yang menjadi pokok persoalan dalam ajaran penyertaan (*deelneming*) adalah untuk menentukan bentuk hubungan antara peserta-peserta tersebut yang kemudian menentukan pula pertanggungjawaban pidana dari masing-masing peserta, karena telah melakukan suatu tindak pidana (delik).

Banyak pendapat/pandangan tentang pengertian "*deelneming*" (penyertaan), beberapa di antaranya adalah sebagai berikut:

Menurut Moeljatno, penyertaan terjadi apabila bukan saja satu orang yang tersangkut dalam terjadinya perbuatan pidana, akan tetapi beberapa orang. Meskipun demikian tidak setiap orang yang tersangkut dalam makna Pasal 55 dan Pasal 56 KUHP. Untuk itu dia harus memenuhi syarat-syarat seperti tersebut disitu, yaitu sebagai orang yang melakukan atau turut serta melakukan perbuatan pidana atau membantu melakukan perbuatan pidana. Di luar 5 jenis peserta ini menurut sistem KUHP kita tidak ada peserta lain yang dapat dipidana.¹⁷⁸ Schaffmeister, Keijzer, Sutorius mengatakan bahwa "orang dapat berbicara tentang penyertaan":¹⁷⁹

1. Apabila selain pembuat suatu perbuatan pidana lengkap ada lagi yang ikut bermain. Yang terakhir ini terlibat dalam terjadinya perbuatan pidana sedemikian intensifnya serta telah menduduki tempat yang sedemikian penting dalam rangkaian sebab akibat yang menuju delik itu sehingga ia harus dipidana sebagai pembuat atau pembantu, meskipun dia sendiri hanya melaksanakan sebagian saja dari perumusan delik.
2. Apabila beberapa orang dalam kaitan tertentu yang satu dengan yang lain telah sampai pada pelaksanaan satu perumusan delik yang lengkap, sedangkan masing-masing dari mereka itu kurang atau lebih hanya melaksanakan sebagian saja dari padanya. Dalam hal yang terakhir itu kita memang hanya berurusan dengan mereka yang terlibat itu secara sendiri-sendiri dan dengan pelaksanaan sebagian saja dari isi delik yang bersangkutan.

Kanter dan Sianturi menjelaskan: "Istilah penyertaan adalah ada dua orang atau lebih yang melakukan suatu tindak pidana atau dengan lain perkataan ada dua orang atau lebih mengambil bagian untuk mewujudkan suatu tindak pidana. Menjadi persoalan, berapa besar bagian seseorang untuk melakukan tindak pidana itu, atau sejak kapan dan sejauh mana pengertian yang terkandung dalam istilah mengambil bagian itu".¹⁸⁰

Keturutsertaan seseorang dalam mewujudkan suatu tindak pidana, dapat dilakukan dalam waktu yang bervariasi, yaitu jauh sebelum tindak pidana itu dilakukan (misalnya: merencanakan); menjelang dilakukannya suatu tindak pidana

¹⁷⁸ Moeljatno, *Op. Cit.*, hlm. 5.

¹⁷⁹ Schaffmeister, Keijzer, Sutorius, *Op. Cit.*, hlm. 247-248.

¹⁸⁰ Kanter dan Sianturi, *Op. Cit.*, 336-337.

(misalnya: menggerakkan untuk melakukan, atau memberi keterangan dan sebagainya); pada saat terjadinya tindak pidana (seperti: turut serta, bersama-sama melakukan dan sebagainya); atau setelah terjadinya tindak pidana (seperti: menyembunyikan pelaku tindak pidana atau hasil dari kejahatan).

C. Bentuk Penyertaan dan Pertanggungjawaban Pidana dalam Penyertaan

Dalam hubungannya dengan kualitas peserta di dalam penyertaan, ada beberapa variasi:

1. Peserta tidak mengetahui bahwa tindakannya merupakan tindak pidana, atau ia terpaksa melakukannya (*manus ministra*).
2. Peserta dengan penuh kesadaran langsung turut serta untuk melakukan tindak pidana (*medeplegen*).
3. Peserta turut melakukan suatu tindak pidana, karena adanya suatu keuntungan baginya atau dia dipermudah untuk melakukannya (*uitgelokte, auctor materialis*).
4. Peserta hanya sekedar memberikan bantuan saja (*medeplichtigheid*).
5. Ia hanya dipandang sebagai peserta dalam suatu pelanggaran, karena ia adalah sebagai pengurus misalnya.

Dengan demikian, yang menjadi pokok persoalan di dalam ajaran “*deelneming*” ini adalah menentukan pertanggungjawaban dari pada setiap peserta terhadap delik yang dilakukannya. Hal ini disebabkan oleh karena apabila dalam suatu delik tersangkut beberapa orang, maka pertanggungjawaban dari pada setiap orang yang merupakan peserta di dalam delik, dapat berbeda-beda satu sama lain. Hubungan antara tiap-tiap peserta terhadap delik adakalanya berlainan, misal:

1. Ada beberapa orang yang secara bersama-sama melakukan suatu perbuatan pidana, dalam hal ini hubungan antara peserta terhadap delik, mungkin dianggap sama.
2. Akan tetapi adakalanya seseorang mempunyai kehendak melakukan sesuatu perbuatan pidana, akan tetapi ia tidak mau untuk melakukannya sendiri, akan tetapi menyuruh orang lain untuk melakukannya.
3. Atau kadang-kadang ada pula seorang peserta yang dengan mempergunakan salah satu daya upaya, menganjurkan (menggerakkan) orang lain untuk melakukan sesuatu perbuatan pidana.
4. Atau mungkin terdapat seseorang yang melakukan suatu perbuatan pidana, padahal ada orang lainnya yang membantu melaksanakan delik tersebut.

Dalam lapangan Ilmu Pengetahuan Hukum Pidana (doktrin), bentuk “*deelneming*” ini diperinci dalam 2 bentuk:¹⁸¹

1. Bentuk penyertaan yang berdiri sendiri (*zelfstandige vormen van deelneming*). Dalam hal ini pertanggungjawaban dari tiap-tiap peserta dinilai sendiri-sendiri. Perbuatan dari setiap peserta itu, walaupun mungkin benar ada hubungannya dengan perbuatan-perbuatan dari peserta-peserta yang lain, dinilai secara sendiri-sendiri menurut sifatnya secara ilmu hukum, dan masing-masing mempunyai kualifikasinya sendiri-sendiri. Dengan demikian maka pada suatu kesengajaan untuk merampas nyawa orang lain yang dilakukan secara bersama-sama oleh beberapa orang, sebagian dapat dipersalahkan karena telah melakukan suatu *moord* atau pembunuhan dengan direncanakan terlebih dahulu, dan sebagian lagi dapat dipersalahkan suatu *doodslag* atau pembunuhan biasa.
2. Bentuk penyertaan yang tidak berdiri sendiri (*onzelfstandige vormen van deelneming*). Pada bentuk ini, sifat dapat dihukumnya orang yang turut serta melakukan sesuatu kejahatan itu didasarkan pada sumbangannya yang telah diberikannya kepada perbuatan yang dapat dihukum dari si pelaku, dan ditinjau dari segi ilmu hukum perbuatannya itu dinilai menurut nilai dari perbuatan pelakunya. Dengan demikian maka pertanggungjawaban dari seseorang *onzelfstandige deelnemer* itu, tidaklah dapat melebihi pertanggungjawaban atas perbuatannya yang dapat dihukum dari si pelaku. *Uitlokking* dan *medeplichtigheid* itu biasanya dianggap sebagai bentuk *onzelfstandige deelneming*. Bentuk ini juga disebut “*accessoire vormen van deelneming*”. Dalam bentuk ini pertanggungjawaban dari seorang peserta digantungkan kepada perbuatan peserta lainnya. Artinya peserta yang pertama baru bertanggung jawab apabila kawan pesertanya melakukan suatu perbuatan pidana.

Sekarang bagaimanakah sikap/ketentuan KUHP kita dalam bentuk “*deelneming*” ini? Dalam hubungan ini KUHP kita hanya mengadakan perincian dalam 2 (dua) golongan, yaitu:

1. *Daders* (Pelaku) sebagaimana dirumuskan dalam Pasal 55 KUHP., yaitu *plegen, doen plegen, medeplegen* dan *uitlokking*.
2. *Medeplichtigheid* (Orang yang membantu melakukan) sebagaimana dirumuskan dalam Pasal 56 KUHP.

Dengan demikian ada 4 (empat) bentuk atau jenis penyertaan (*deelneming*), yaitu:

1. Mereka yang melakukan sendiri suatu perbuatan pidana (*plegen*);

¹⁸¹ Simons, *Leerboek van het Nederlanches Strafrecht*/Kitab Pelajaran Hukum Pidana, terjemahan Lamintang, *Op. Cit.*, hlm. 315-316.

2. Mereka yang menyuruh orang lain untuk melakukan suatu perbuatan pidana (*doen plegen*);
3. Mereka yang bersama-sama melakukan perbuatan pidana (*mede plegen*);
4. Mereka yang dengan sengaja menganjurkan orang lain untuk melakukan perbuatan pidana (*uitlokken*).

C.1. Mereka yang Melakukan Sendiri Suatu Perbuatan Pidana (*Plegen*).

Pasal 55 ayat 1 sub 1 anak kalimat 1 menyatakan: *dipidana sebagai pelaku/pembuat (dader) sesuatu perbuatan pidana, mereka yang melakukan....*

Perumusan yang demikian itu kurang begitu jelas, sehingga menimbulkan perbedaan penafsiran antara para sarjana. Jadi, menurut rumusan pasal ini, Pelaku dapat dibagi lagi menjadi: *alleen daders* (Pelaku yang melakukan sendiri perbuatannya), *middelijke daders* (Pelaku-pelaku langsung), *mede daders* (Orang-orang yang turut serta melakukan perbuatan itu) dan *uitlokkers* (orang-orang yang menggerakkan orang lain untuk melakukan sesuatu perbuatan yang dapat dihukum).

Menurut Simons, pelaku dari suatu perbuatan yang dapat dihukum itu adalah orang yang melakukan perbuatan tersebut, yaitu ia yang dengan suatu *opzet* atau suatu *schuld* seperti yang disyaratkan oleh undang-undang telah menimbulkan akibat yang tidak dikehendaki oleh undang-undang, yang telah melakukan perbuatan yang dilarang atau telah mengalpakan sesuatu seperti yang diharuskan oleh undang-undang, atau yang singkatnya ia yang memenuhi segala unsur-unsur, baik unsur objektif maupun unsur subjektif sebagaimana yang ditentukan bagi sesuatu perbuatan yang dapat dihukum, dengan tidak memperdulikan apakah putusan untuk melakukan perbuatan yang dapat dihukum tersebut timbul dari dirinya sendiri ataupun karena ia telah digerakkan untuk melakukan perbuatan itu oleh orang ketiga. Selanjutnya dikatakan, barangsiapa melakukan sesuatu perbuatan yang dapat dihukum tanpa adanya bantuan dari orang lain di dalam pelaksanaannya, maka dapatlah ia dipandang sebagai "*alleen dader*" atau sebagai satu-satunya pelaku.¹⁸² Dengan demikian, Simons berpendapat bahwa yang dimaksud dengan "mereka yang melakukan sendiri suatu perbuatan pidana" ialah apabila seseorang melakukan sendiri suatu perbuatan pidana artinya tidak ada temannya atau tanpa bantuan orang lain (*alleen daderschap*).

C.2. Mereka yang Menyuruh Orang Lain untuk Melakukan Suatu Perbuatan Pidana (*Doen Plegen*)

Bentuk *Deelneming* ini disebut juga "*Middelijk Daderschap*", maksudnya adalah seseorang mempunyai kehendak atau melaksanakan suatu perbuatan

¹⁸² Simons, *Op. Cit.*, hlm. 316-317.

pidana, akan tetapi orang yang mempunyai kehendak itu tidak mau melakukannya sendiri, akan tetapi mempergunakan orang lain yang disuruh melakukannya.

Dengan kata lain:

Seseorang yang mempunyai niat untuk melakukan sesuatu perbuatan pidana, tidak melakukannya sendiri tetapi menyuruh orang lain untuk melaksanakannya.

Syarat terpenting untuk dapat mempertanggungjawabkan orang yang menyuruh lakukan, adalah bahwa orang yang disuruh itu harus orang yang tidak dapat dipertanggungjawabkan terhadap perbuatan pidana yang dilakukannya.

Catatan:

- Orang yang menyuruh disebut : *Middelijke dader* atau *Manus Domina*
- Orang yang disuruh disebut : *Onmiddelijke dader/Materiele dader/ Manus Ministra*

Selanjutnya, siapakah orang yang tidak dapat dipertanggungjawabkan menurut KUHP kita? Menurut KUHP, orang yang tidak dapat dipertanggungjawabkan adalah:¹⁸³

1. Orang yang melakukan perbuatan itu karena jiwanya cacat dalam tumbuhnya atau terganggu karena penyakit (Pasal 44 KUHP).

Contohnya:

A bermaksud untuk mencuri, tetapi dia tidak mau melakukannya sendiri dan menyuruh B seorang gila. Dalam hal ini kalau B betul-betul telah melakukan pencurian, maka B karena seorang gila tidak dapat dipertanggungjawabkan/dipidana. Yang dipidana sebagai pencuri di sini adalah orang yang menyuruh yaitu A.

2. Orang yang melakukan karena keadaan daya memaksa (*overmacht*) lihat Pasal 48 KUHP.

Contohnya:

A berniat membakar rumah C, tetapi dia tidak mau melakukannya sendiri, kemudian untuk melaksanakan niatnya itu dia (A) lalu dengan menodongkan pistolnya pada B menyuruh B untuk membakar rumah C. Jika B karena terpaksa benar-benar membakar rumah C, B tidak bisa dipertanggungjawabkan/dipidana. Yang bertanggungjawab adalah orang yang menyuruh membakar (A) meskipun dia tidak melakukannya sendiri.

3. Orang yang melakukan perbuatan atas perintah jabatan yang tidak syah, tetapi dia dengan itikad baik melakukannya dengan mengira bahwa perintah

¹⁸³ I Made Widnyana, *Op. Cit.*, hlm. 220-224.

diberikan dengan wewenang dan pelaksanaannya termasuk dalam lingkungan pekerjaannya (Pasal 51 ayat 2 KUHP).

Contohnya:

Seorang perwira polisi hendak membalas dendam seseorang dengan cara memasukkan ke dalam tahanan, tetapi tidak mau melakukan sendiri, kemudian disuruhnya B seorang agen polisi di bawah perintahnya supaya menangkap dan menahan orang tersebut.

Jika si Agen Polisi itu benar-benar menjalankan perintah tersebut ia tidak dapat dipertanggungjawabkan/dipidana atas dasar merampas kemerdekaan orang tersebut, karena ia melakukan perbuatan tersebut dengan itikad baik mengira perintah itu syah, lagi pula perintah itu ada dalam lingkungan pekerjaannya.

4. Orang yang melakukan perbuatan itu ternyata bersalah paham/berkeliruan (*error*) mengenai salah satu unsur dari pada delik.

Contohnya:

A mengetahui bahwa satu set pulpen Parker yang terletak di atas meja itu adalah milik C. Dia ingin sekali memilikinya/mencurinya, tetapi tidak mau melakukannya sendiri, kemudian disuruhnya B untuk mengambilnya.

B *deonmiddeljk dader (de Materiele Dader/Manus Ministra)* tidak mengetahui sama sekali dan menduga pulpen tersebut miliknya A.

Dalam hal ini meskipun B yang mengambilnya tetapi karena dia bersalah paham mengenai salah satu unsur delik, maka B tidak dapat dipertanggungjawabkan/dipidana. Yang dipidana sebagai pencurinya adalah A.

5. Orang yang disuruh itu tidak memiliki unsur *oogmerk* (maksud) sebagaimana menjadi syarat dari pada delik.

Contohnya:

A-B-C di *airport*. A sejak semula mempunyai niat untuk mencuri koper dari penumpang, kemudian dia menyuruh B seorang *porter* pelabuhan untuk mengambil sebuah koper yang kebetulan sedang ditinggalkan oleh pemiliknya ke WC. Meskipun B yang mengambil barang itu maka di sini B tidak dapat dipertanggungjawabkan/dipidana dan lagi pula waktu B mengangkat koper itu dia tidak mempunyai maksud sedikitpun untuk memilikinya.

6. Apabila orang yang disuruh itu tidak memiliki salah satu sifat/kualitas yang menjadi syarat dari pada delik, sedangkan unsur itu dimiliki oleh orang yang menyuruh (*de Middelijke dader*).

Misalnya dalam: Kejahatan jabatan (*Ambtsmisdriven*) yang diatur dalam Bab XXVIII Pasal 413 s/d 437 KUHP. Dalam hubungan ini setiap kejahatan selalu memiliki unsur "*pegawai negeri*" (pejabat negara).

Pasal 419 KUHP

Diancam dengan pidana penjara paling lama 5 tahun, seorang pejabat:

- Ke 1 : Yang menerima hadiah atau janji, padahal diketahui, bahwa itu diberikan untuk menggerakkan dia supaya melakukan atau tidak melakukan sesuatu dalam jabatannya, yang bertentangan dengan kewajibannya.
- Ke 2 : Yang menerima hadiah padahal diketahui bahwa itu diberikan sebagai akibat atau oleh karena dia telah melakukan atau tidak melakukan sesuatu dalam jabatannya, yang bertentangan dengan kewajibannya.

Contoh:

A seorang Pegawai Negeri menyuruh B seorang pembantunya (bukan Pegawai Negeri) untuk meminta uang suap kepada C. Hal ini bertentangan dengan kewajiban A sebagai seorang pegawai negeri.

Menurut Pasal 419 KUHP ini, perbuatan pidana menerima uang suap haruslah dilakukan oleh seorang pegawai negeri, sehingga dengan demikian B seorang pembantu yang bukan pegawai negeri, tidak memenuhi unsur-unsurnya oleh karena mana terhadap B tidak dapat dipertanggungjawabkan.

Dari uraian di atas jelaslah bahwa *doen plegen* itu baru ada apabila orang yang disuruh itu tidak dapat dipertanggungjawabkan perbuatannya menurut KUHP.

Menurut Simons, "*doen plegen*" atau "menyuruh melakukan" itu dapat terjadi di dalam hal-hal sebagai berikut:¹⁸⁴

1. Bilamana pelaku dari *materieele handling* atau perbuatan yang nyata yang dinyatakan sebagai perbuatan yang dapat dihukum itu tidak dapat dipertanggungjawabkan atas perbuatannya berdasarkan salah satu sebab sebagaimana yang disebutkan di dalam Pasal 37 WvS (Belanda).
2. Bilamana seseorang itu telah melakukan sesuatu perbuatan disebabkan karena sesuatu *overmacht* atau karena melaksanakan suatu perintah yang telah diberikan oleh kekuasaan yang tidak berwenang yaitu apabila syarat-syarat yang ditentukan di dalam Pasal 43 ayat (2) WvS (Belanda) itu telah dipenuhinya.
3. Bilamana orang yang melakukan perbuatan itu mempunyai kesalahpahaman mengenai salah satu unsur dari perbuatan yang dapat dihukum, tidak mempunyai *opzet* seperti yang disyaratkan oleh undang-undang bagi perbuatan tersebut, ataupun pada dirinya tidak terdapat *schuld* seperti yang disyaratkan pada umumnya bagi perbuatan yang dapat dihukum itu.
4. Bilamana kejahatan itu mensyaratkan suatu *oogmerk* atau suatu tujuan tertentu, dan *oogmerk* ini tidak terdapat pada orang yang telah melakukan kejahatan tersebut.

¹⁸⁴ Simon, *Op. Cit.*, hlm. 319-320.

5. Bilamana pada orang yang telah melakukan perbuatan itu tidak terdapat sifat atau *hoedanigheid* seperti yang disyaratkan untuk dapat melakukan perbuatan yang dapat dihukum yang bersangkutan.

Menurut MvT (*Memorie van Toelichting*) ada beberapa unsur/syarat “menyuruh melakukan”, yaitu:¹⁸⁵

1. **Ada seorang manusia yang dipakai sebagai alat.**

Adanya manusia yang oleh pembuat delik dipakai sebagai alat, adalah salah satu unsur pokok dan khusus dari “menyuruh melakukan” itu.

Contohnya:

A mengambil kemeja B yang sedang dijemur di halaman rumahnya, dengan menggunakan sebuah galah yang khusus dibuat untuk itu. Dalam hal ini A adalah melakukan perbuatan pidana (*pleger*) yang terancam di dalam Pasal 362 KUHP. Tetapi apabila A menyuruh orang lain yaitu C untuk mengambil kemeja itu sedangkan C tidak tahu bahwa kemeja itu milik A, maka perbuatan ini adalah “menyuruh melakukan” pencurian. Dalam hal ini A dihukum/dipidana berdasarkan Pasal 362 jo Pasal 55 ayat (1) sub 1 KUHP. Dalam contoh pertama di atas, A langsung melakukan perbuatan pidana (pencurian), sedangkan dalam contoh kedua A melakukan perbuatan itu dengan perantaraan orang lain, jadi secara tidak langsung.

2. **Orang yang dipakai sebagai alat ini berbuat.**

Ini berarti bahwa orang yang disuruh melakukan suatu perbuatan pidana harus benar-benar telah melakukan perbuatan yang disuruh lakukan.

3. **Orang yang dipakai sebagai alat itu atau disuruh melakukan haruslah orang yang tidak dapat dipertanggungjawabkan/tidak dapat dipidana.**

Pendapat bahwa orang yang disuruh melakukan itu tidak dapat dipidana adalah suatu pendapat yang sejak tahun 1898 sudah diterima umum, baik oleh ilmu hukum pidana maupun oleh yurisprudensi hukum pidana.

Selanjutnya menurut Utrecht, tidak dapat dihukumnya orang yang disuruh melakukan itu adalah akibat (konsekuensi) dari hal ia tidak bertanggung jawab menurut hukum pidana atas perbuatan yang dilakukannya menurut kata-kata MvT: ia berbuat “*zonder opzet, schuld of toerekenbaarheid*”. Ada dua sebab orang yang disuruh melakukan itu tidak bertanggung jawab menurut hukum pidana atas perbuatan yang dilakukannya. Dua sebab orang yang disuruh melakukan adalah tidak dapat dihukum yaitu:¹⁸⁶

1. Orang itu sama sekali tidak melakukan satu peristiwa pidana atau perbuatan yang dilakukannya tidak dapat dikualifikasi sebagai peristiwa pidana.

¹⁸⁵ Utrecht. *Ringkasan Sari Kuliah Hukum Pidana II* (Surabaya: Pustaka Tinta Mas, tt), hlm. 18-20.

¹⁸⁶ *Ibid.*, hlm. 20-26.

2. Orang itu memang melakukan satu peristiwa pidana tetapi ia tidak dapat dihukum karena ada satu atau beberapa alasan-alasan yang menghilangkan kesalahan (*schulduitsluitingsgronden*).

Contoh-contoh:

- a. Seorang juru rawat yang atas perintah seorang dokter memberi kepada seorang sakit obat minum yang mengandung racun, dokter tersebut bermaksud mengakhiri hidup orang sakit itu karena musuhnya sedang juru rawat yang disuruhnya sama sekali tidak tahu bahwa obat minum itu mengandung racun.

(Pendapat ini diikuti oleh HR dalam keputusannya tertanggal 7 April 1913, W Nr 9491). Dalam hal ini, unsur “sengaja” tidak ada.

A menyuruh B menukar selebar puluhan ribu rupiah yang palsu sedangkan B tidak tahu bahwa lembar puluhan ribu rupiah itu adalah palsu. Dalam hal ini unsur “dengan maksud akan mengedarkannya serupa dengan asli dan yang tidak dipalsukan” (Pasal 245 KUHP) tidak dipenuhi.

Di dalam contoh ini, orang yang disuruh melakukan tidak dapat dipertanggungjawabkan menurut hukum pidana, karena di dalam perbuatan yang dilakukannya tidak ada salah satu atau beberapa unsur psikis subjektif yang terlebih dahulu ditentukan di dalam ketentuan/undang-undang pidana yang bersangkutan sebagai unsur-unsur perbuatan pidana yang bersangkutan, seperti tidak ada “sengaja” atau tidak ada “melawan hukum”.

- b. Keputusan HR tertanggal 19 Desember 1910, W Nr 9122

Di dalam keputusan itu HR berpendapat bahwa walaupun yang disuruh melakukan itu tahu perbuatan yang dilakukannya itu terlarang, yaitu suatu perbuatan yang tidak boleh dilakukan oleh yang menyuruh lakukan sendiri, yang disuruh lakukan itu juga tidak dapat dipertanggungjawabkan menurut hukum pidana, karena ia tidak mempunyai kualitas tertentu pada dirinya (*persoonlijke vereiste*) yang harus dipenuhinya menurut ketentuan pidana yang bersangkutan. Di dalam hal ini, yang disuruh lakukan itu adalah “alat yang mengetahui”. Tetapi meskipun ia mengetahui, menurut pendapat HR ia masih juga tidak dapat dihukum. Alasan-alasan yang menghilangkan kesalahan itu ada dalam hal-hal:

- 1) Perbuatan yang dilakukan oleh yang disuruh melakukan tidak dapat dipertanggungjawabkan karena hal-hal sebagaimana tersebut dalam Pasal 44 KUHP.
- 2) Yang disuruh lakukan itu melakukan perbuatan karena “*overmacht*” (daya paksa) sebagaimana tersebut dalam Pasal 48 KUHP.
- 3) Yang disuruh melakukan menjalankan “perintah jabatan yang diberikan oleh kuasa yang tidak berhak” sedangkan ia “atas kepercayaannya memandang bahwa perintah itu seakan-akan diberikan oleh kuasa yang

berhak dengan sah dan menjalankan perintah itu menjadi kewajibannya” (Pasal 51 ayat 2 KUHP).

- 4) Yang disuruh melakukan tidak bersalah sama sekali, dalam arti keputusan HR tertanggal 14 Februari 1916, NJ 1918, hal. 681, W Nr 9958 (“tiada hukuman dengan tiada kesalahan/tidak dipidana tanpa kesalahan”).
- 5) Yang disuruh melakukan belum dewasa. Di sini masih dipersoalkan, apakah “*minderjarigheid*” itu merupakan alasan untuk menghapuskan hukuman.

C.3. Mereka yang Bersama-Sama Melakukan Suatu Perbuatan Pidana (*Mede Plegen*)

Medeplegen itu merupakan suatu bentuk dari *daderschap*, yaitu barangsiapa turut serta melakukan sesuatu perbuatan yang dapat dihukum, maka mereka itu secara timbal balik merupakan seorang *mededader* dari peserta yang lain. Sebagai seorang *dader* atau pelaku, maka seorang *mededader* atau orang yang turut serta melakukan suatu perbuatan yang dapat dihukum itu haruslah memiliki segala sifat-sifat ataupun segala *eigenschaappen*, yang disyaratkan oleh undang-undang bagi suatu *daderschap*. Sehingga barang siapa tidak dapat merupakan seorang “*alleen dader*” dari sesuatu perbuatan yang dapat dihukum, maka ia tidak dapat pula dipandang sebagai seorang *mededader*. Sifat-sifat pribadi yang menyebabkan seseorang itu dapat dihukum, hanya terdapat pada mereka yang dipandang sebagai *mededaders*, yaitu pada sifat-sifat pribadi tersebut terdapat.¹⁸⁷ Jadi, Simons berpendapat bahwa yang turut melakukan itu adalah pembuat (*dader*). Oleh karena itu, maka yang turut melakukan harus mempunyai semua kualitas-kualitas yang dipunyai oleh seorang pembuat peristiwa pidana/perbuatan pidana yang bersangkutan. Yang tidak memiliki salah satu dari kualitas-kualitas itu, tidak dapat dikualifikasikan sebagai yang turut melakukan.

Pandangan dari Simons tersebut disangkal oleh Noyon, yang memandang *mede plegen* atau turut serta melakukan itu sebagai suatu bentuk *medewerking* atau suatu bentuk kerja sama untuk melakukan suatu perbuatan yang dapat dihukum dengan seorang pelaku, dan dengan cara memperbedakan sifat dari perbuatan itu dengan *medeplichtigheid*, orang akan menjumpai suatu bentuk *dellneming* atau keturutsertaan yang berdiri sendiri, yang terdapat di antara *daderschap* yang sebenarnya dengan *medeplichtigheid*. Menurut pendapatnya yang didasarkan pada pandangannya itu, maka seorang yang bukan merupakan pegawai negeri itu dapat juga turut serta melakukan suatu kejahatan jabatan yang sebenarnya hanya dapat dilakukan oleh seorang pegawai negeri.¹⁸⁸

¹⁸⁷ Simons, *Op. Cit.*, hlm. 322.

¹⁸⁸ *Ibid.*

Mengenai turut serta melakukan suatu perbuatan pidana, tidak kita jumpai penegasannya/penjelasannya dalam KUHP. Oleh karena itu kita harus mencarinya di dalam doktrin. Menurut “**doktrin**” syarat untuk “*medepleger*” ada 2 yaitu:¹⁸⁹

1. Harus bekerja bersama-sama secara fisik/jasmaniah.

Artinya para peserta itu harus melakukan suatu perbuatan yang dilakukan dan diancam dengan pidana oleh undang-undang dengan mempergunakan kekuatan tenaga badan sendiri.

Misalnya:

A dan B bersama-sama melakukan pencurian.

A yang mengambil radionya dan B mengambil *tape*-nya. Di sini, di samping harus sama-sama melakukan perbuatan yang dilarang secara fisik, para peserta satu sama lain diharuskan ada kerja sama.

2. Harus ada kesadaran bahwa mereka satu sama lain bekerja sama untuk melakukan suatu delik.

Artinya antara beberapa peserta yang bersama-sama melakukan suatu perbuatan yang dilarang itu harus ada kesadaran bahwa mereka bekerja sama.

Kapan kesadaran itu timbul?

Pada umumnya kesadaran timbul, apabila beberapa peserta itu, sebelum mereka melakukan suatu delik, terlebih dahulu melakukan perundingan/sepakat untuk melakukan suatu delik. Tetapi ini bukan syarat mutlak, artinya para peserta itu sebelumnya tidak harus melakukan musyawarah/mufakat terlebih dahulu, tetapi cukup kesadaran ada pada saat mereka melakukan suatu delik, bahwa mereka melakukan perbuatan yang terlarang.

Contoh:

A dan B tidak kenal mengenal dan asalnya pun berbeda pula. A berniat mencuri di rumah C dan atas usahanya sendiri pada tengah malam ia pergi ke rumahnya C. tetapi sesampainya di rumahnya C secara kebetulan bertemu dengan si B yang juga mempunyai maksud yang sama.

Dalam hal ini walaupun di antara A dan B tidak ada mufakat lebih dahulu, akan tetapi sadar bahwa mereka bertujuan sama yaitu mencuri. Di sinilah ada *medeleger*.

Di samping doktrin sebagaimana tersebut di atas MvT hanya menyatakan bahwa yang turut melakukan adalah tiap orang yang sengaja “*meedoet*” (turut berbuat) dalam melakukan suatu peristiwa pidana/perbuatan pidana. MvT tidak menjelaskan lebih lanjut, sampai di manakah pengertian kata “*meedoet*” (turut berbuat) itu? Oleh karena itu harus ditafsirkan dengan jalan mengemukakan pendapat para sarjana.

¹⁸⁹ I Made Widnyana, *Op. Cit.*, hlm. 230-235.

Noyon mempunyai pendapat yang berbeda sekali dengan pendapat van Hamel dan Simons yang menyamakan "*mededaderschap*" (perbuatan peserta sebagai pembuat) dan "turut melakukan", maka Noyon justru mengadakan perbedaan yang prinsipil antara "*mededaderschap*" dan "turut melakukan itu".

Menurut Noyon, "*mededaderschap*" adalah "*daderschap*"; jadi sebenarnya tidak memerlukan pelajaran "*turut serta*" itu. Sebaliknya "*turut melakukan*" itu merupakan satu bentuk tersendiri dan khusus, yaitu yang turut melakukan justru tidak mempunyai salah satu di antara kualitas pada dirinya yang dapat dijadikan seorang pembuat (dari perbuatan pidana yang bersangkutan). Yang menjadi alasan terpenting Noyon itu adalah Pasal 284 KUHP ayat (1) ke-2 :

1. Seorang pria yang turut serta melakukan perbuatan.....
2. Seorang wanita tidak kawin yang turut serta melakukan perbuatan itu.....

Mengenai laki-laki/pria dan wanita yang belum kawin (tidak bersuami), undang-undang pidana dengan tegas menyatakan bahwa mereka "turut melakukan/turut serta" berbuat zina. Justru karena mereka tidak beristri dan tidak bersuami, maka mereka tidak dapat menjadi atau dikualifikasi sebagai pembuat peristiwa pidana/perbuatan pidana berbuat zina itu. Mereka tidak mempunyai kualitas orang yang telah kawin, tindak pidana/perbuatan pidana berbuat zina itu. Oleh sebab itu mereka tidak dapat dikualifikasi sebagai pembuat; mereka hanya turut melakukan saja. Konsekuensi dari pendapat Noyon ini adalah peserta, termasuk yang turut melakukan, bukan pembuat dan dihukum/dipidana sebagai pembuat (*als daders*). Juga para peserta dihukum sebagai pembuat oleh Utrecht tidak dapat diterima.¹⁹⁰

HR menempatkan dirinya di antara pendapat Simons dan pendapat Noyon. Di dalam keputusannya tertanggal 21 Juni 1926, W Nr 11541, NJ 1926, hal. 956, HR berpendapat bahwa tidak perlu yang turut melakukan itu mempunyai semua kualitas-kualitas pada dirinya yang harus dipunyai oleh seorang pembuat delik yang bersangkutan.

Kemudian di dalam keputusannya tertanggal 29 Oktober 1934, HR dengan jelas menunjukkan ukuran (kriteria) untuk menentukan apakah bentuk turut serta (penyertaan) yang bersangkutan adalah "turut melakukan" atau salah satu bentuk penyertaan lainnya seperti menyuruh lakukan atau membujuk/menganjurkan/menggerakkan.

Unsur-unsur "turut melakukan" menurut HR adalah:¹⁹¹

1. Antara para peserta ada satu kerja sama yang diinsafi (*bewuste samenwerking*).
2. Para peserta bersama telah melaksanakan (*gezamenlijke uitvoering*)

¹⁹⁰ Utrecht, *Op. Cit.*, hlm. 35.

¹⁹¹ *Ibid.*, hlm. 37.

D. Penganjuran/Penggerakan (*Uitlokking*)

Dalam Pasal 55 ayat 1 ke-2 KUHP, ditentukan secara limitatif daya upaya untuk terjadinya penganjuran, sebab apabila dipergunakan daya upaya yang lain, tidak merupakan *uitlokking*, misalnya mengejek dan lain-lain tidak termasuk *uitlokking*.

Bentuk penyertaan dengan penggerakan (*uitlokking*) mirip dengan bentuk penyertaan menyuruh melakukan. Perbedaannya ialah, bahwa pada bentuk penyertaan menyuruh melakukan terdapat syarat-syarat:

1. Peserta yang disuruh (*manus ministra*) adalah peserta yang tidak dapat dipidana;
2. Bahwa daya-upaya pada penyuruh (*manus domina*), tidak dirumuskan secara limitatif.

Sedangkan syarat-syarat pada penyertaan penggerakan adalah:

1. Yang digerakkan (*materiele/fisike dader*) dapat dipidana karena melakukan suatu tindak pidana seperti halnya penggerak (*auctor intellectualis*) dapat dipidana karena menggerakkan;
2. Daya upaya yang digunakan penggerak dirumuskan secara limitatif

Dalam bentuk penyertaan penggerakan (*uitlokking*), inisiatif berada pada penggerak. Dengan perkataan lain suatu tindak pidana tidak akan terjadi (dalam bentuk ini) bila inisiatif tidak ada pada penggerak. Karenanya penggerak harus dianggap sebagai pelaku dan harus dipidana sepadan dengan pelaku yang secara fisik melakukan (*auctores physici*) tindak pidana yang digerakkan, Tidak menjadi persoalan apakah pelaku yang digerakkan itu sudah atau belum mempunyai kesediaan tertentu sebelumnya untuk melakukan tindak pidana. Pokoknya tindak pidana yang digerakkan sudah terwujud.

Kesengajaan penggerak ditujukan agar sesuatu tindakan dilakukan oleh pelaku yang digerakkan. Tujuan penggerakan itu adalah terwujudnya suatu tindak pidana tertentu. Ini berarti apabila yang dilakukan oleh pelaku yang digerakkan itu adalah tindak pidana lain, maka penggerak bukan merupakan pelaku sebagaimana dimaksudkan oleh pasal ini. Dengan perkataan lain harus ada hubungan kausal antara kesengajaan/tujuan penggerak dengan tindak pidana yang terjadi.

Namun demikian, seperti juga telah dikemukakan Vos¹⁹² tentang keberatan-keberatan mengenai pembatasan daya upaya ini, masih juga dikenal beberapa "daya upaya" yang seyogianya dapat dimasukkan dalam bentuk penyertaan ini, terutama mengingat keadaan kejiwaan kebanyakan masyarakat di Indonesia seperti misalnya hutang budi, setia-kawan, pengejek, memberitahukan sesuatu kejadian yang

¹⁹² H.B. Vos. *Leerboek Van Nederlands Strafrecht, Derde Herziene Druk*, dikutip oleh H.D. Tjeenk Willink & Zoon (Haarlem: N.V., 1950), hlm. 204.

benar-benar terjadi, saran yang seakan-akan baik dan lain sebagainya. Beberapa contoh adalah sebagai berikut:

1. A banyak mempunyai hutang budi kepada B. Suatu ketika B melihat C yang tingkah lakunya petentengan yang tak disukai B. B lalu mengatakan kepada A supaya memberi beberapa pukulan-penghajaran kepada C. A yang merasa berhutang budi kepada B merasa mempunyai kesempatan untuk balas-budi, lalu memukul C. Demikian pula jika W memukul Y atas permintaan Z, karena perasaan setia kawan.
2. Kasus pengejekkan: H mengatakan kepada E "Percuma kamu dilahirkan setegap dan sebesar itu jika tak dapat menghajar si J yang sok-sokan itu"
3. Kasus pemberitahuan sesuatu kejadian yang benar terjadi: K memberi tahukan kepada L bahwa R turut-serta membawa kabur mobil L untuk "*sight seeing*" kemarin. Sebaiknya R supaya dihajar dengan pukulan;
4. W mengatakan kepada V, jika Cina itu selalu diganggu misalnya tiap-tiap malam dilempari rumahnya atau jika sedang naik motor dilempari, niscaya dia akan angkat kaki dari desa kita ini, Dengan demikian pedagang-pedagang bangsa kita di sini tidak mempunyai saingan lagi. Lalu V melakukan sebagaimana disarankan oleh W.

Dalam contoh-contoh tersebut bentuk penyertaan penggerak tak dapat diterapkan. Perkataan lain penggerak tersebut tidak dapat dipidana sebagai pelaku dari tindak pidana yang dilakukan oleh yang digerakkan walaupun penggerak masih mungkin dipidana dengan ketentuan-ketentuan lain seperti misalnya tindak pidana kenakalan (Pasal 489 KUHP) atau Pasal 335 KUHP. Kiranya kurang memenuhi rasa keadilan jika seseorang yang menggunakan daya-upaya penyesatan dipidana sebagai pelaku, sedangkan mereka yang disebutkan dalam contoh tersebut di atas tidak, sementara peredaan dari tindakan mereka tidak jauh. Persamaan tindakan penggerak seperti contoh-contoh di atas dan penggerak dengan penyesatan ialah: sama-sama menghendaki agar yang digerakkan melakukan suatu tindak pidana dan kepada yang digerakkan tidak diberikan apa-apa sebagai sesuatu upah/keuntungan.

Daya upaya yang ditentukan secara limitatif sebagaimana diatur dalam Pasal 55 ayat (1) ke-2 KUHP itu adalah :

1. Pemberian dan perjanjian.
2. Penyalahgunaan kekuasaan.
3. Penyalahgunaan martabat.
4. Kekerasan.
5. Ancaman.
6. Penyesatan.
7. Pemberian kesempatan, sarana atau keterangan.

Adapun penjelasannya adalah sebagai berikut:¹⁹³

1. Pemberian dan perjanjian

Hal ini dirumuskan tanpa memberikan suatu pembatasan, sehingga pengertiannya dapat luas yaitu dapat berbentuk yang uang atau benda, bahkan di luar bentuk uang atau benda seperti misalnya jabatan, kedudukan atau lebih luas lagi yaitu suatu janji akan membantu (yang digerakkan) baik secara material maupun secara moril untuk penyelesaian sesuatu pekerjaan dan lain sebagainya (Arrest HR, 1940). Termasuk juga dalam hal ini perjanjian akan merawat/membiayai keluarga tergerak seandainya ia masuk penjara.¹⁹⁴

2. Penyalahgunaan kekuasaan

Hal ini juga harus diartikan secara luas. Bukan saja terbatas pada kekuasaan yang ada padanya karena jabatan, tetapi juga meliputi kekuasaan yang dimiliki oleh penggerak secara langsung terhadap si tergerak, seperti hubungan kekeluargaan (ayah terhadap anak), hubungan pekerjaan (majikan terhadap pembantunya), hubungan pendidikan (dosen terhadap mahasiswa), hubungan kepercayaan (dukun-dukun terhadap murid-muridnya) dan sebagainya. Pokoknya kekuasaan itu adalah merupakan pengejawantahan dari atau paksaan rohaniah yang didasarkan pada perbandingan kedudukan/status dari penggerak terhadap yang digerakkan. Artinya, tindakan yang digerakkan pada umumnya harus terletak dalam lingkungan pekerjaan si tergerak yang harus dilakukannya untuk penggerak tersebut.

Mengingat penyalahgunaan kekuasaan, terutama yang ada hubungannya dengan jabatan harus diperbedakan secara dengan perintah-jabatan sebagaimana termaksud pada Pasal 52 KUHP, mengingat perbedaan yang tajam dari pertanggungjawaban pidana Jika dalam perintah jabatan (atau dengan itikad baik dianggap sedemikian itu), perintah itu termasuk wewenang dari seorang penguasa, maka pada penyalahgunaan kekuasaan tidak dipersyaratkan bahwa perintah itu termasuk tindakan yang benar-benar diharuskan dalam rangka kekuasaan yang disalahgunakan itu. Contoh yang mudah mengenai penyalahgunaan kekuasaan, di mana perintah-perintah ada hubungannya dengan pekerjaan/jabatannya, tetapi tidak merupakan wewenang dari penguasa tersebut adalah jika seorang Kepala Kantor menyuruh pemegang kasnya untuk menggelapkan uang dari kas tersebut; seorang dosen mendidik mahasiswanya supaya pintar mencuri, seorang majikan menyuruh pembantunya membayarkan belanja-belanjanya waktu malam dengan uang palsu dan lain sebagainya.

¹⁹³ Kanter dan Sianturi, *Op. Cit.*, hlm. 353-357.

¹⁹⁴ Schreuder, *Op. Cit.*, hlm. 248

3. Penyalahgunaan martabat

Hal ini dapat dikatakan sebagai perluasan dari tersebut 2 di atas, yang karena suatu kekhususan di Indonesia ditambah dalam KUHP yang di dalam W.V.S. tidak ada. Misalnya seorang tua dalam suatu kampung disegani oleh segenap penduduk kampung itu (Ketua Adat), maka jika keseganan itu disalahgunakan oleh orang tua itu, ia dapat dipersalahkan sebagai penggerak (pembujuk).¹⁹⁵ Martabat ada pada seseorang karena keningratan yang terlalu diagung-agungkan dalam suatu masyarakat desa, atau karena sesuatu *keangkeran*, sehingga rakyat tidak merasa berdaya untuk menolak perintahnya, walaupun sesungguhnya rakyat tiada mempunyai *hubungan dibawahkan* karena martabat tersebut. Ketentuan ini perlu diadakan dan perlu ada sifat dan hakikat dari keningratan atau keangkeran tersebut, yang sampai sekarang masih dirasakan ada dalam masyarakat di Indonesia seperti misalnya martabat dari kepala-kepala bandit, kepala-kepala aliran (dukun) dan lain sebagainya.

4. Kekerasan

Perbuatan ini harus sedemikian rupa ringannya, sehingga tidak merupakan suatu alasan untuk meniadakan unsur kesalahan/kesengajaan dari si tergerak sebagaimana terdapat dalam Pasal 48 KUHP yang mengakibatkan tidak dipidanya si tergerak karena daya paksa. Batas yang tegas antara kekerasan sebagaimana dimaksudkan Pasal 48 KUHP dan kekerasan menurut Pasal 55 memang sulit untuk menentukannya yang juga oleh undang-undang tidak ditentukan. Kiranya perbatasan ini lebih banyak diserahkan kepada penafsiran sesuai kasusnya. Yaitu sebagai sedemikian ringannya sehingga menurut perhitungan yang layak bahwa si tergerak mampu mengelak atau menolak untuk melakukan tindak pidana yang digerakkan. Misalnya; seorang wanita mendorong-dorong pacarnya untuk memukul bekas tunangannya yang pernah menyakiti hatinya. Menurut perhitungan yang layak sang pacar itu sanggup mengelakkan paksaan wanita tersebut. Contoh lain ialah: A menampar pipi B seorang pengatur perjalanan kereta api dengan maksud supaya B tidak memindahkan jurusan rel kereta api, agar supaya kereta api yang segera akan datang salah jurusan dan bertabrakan dengan kereta-api lainnya. Jika B hanya ditampar pipinya satu kali misalnya, tetapi kaki dan tangannya masih kuat serta masih cukup waktunya tanpa terhalang untuk memindahkan jurusan rel kereta-api tersebut, maka dalam hal ini terdapat penyertaan-penggerakan; walaupun bagi B ada keadaan-keadaan yang meringankan yang dapat diperhitungkan.

¹⁹⁵ Wirjono, *Op. Cit.*, hlm. 193.

5. Ancaman

Hal ini tidak terbatas pada ancaman kekerasan seperti yang terdapat dalam ketentuan Nomor 4 di atas, tetapi meluas juga sampai pada ancaman penghinaan, ancaman pembukaan rahasia pribadi, ancaman akan memecat atau menyisihkan dari suatu pergaulan, ancaman akan mengurangi hak/ketentuan tertentu, dan lain sebagainya.

6. Penyesatan

Terhadap istilah ini ada juga menyebutnya dengan tipu daya, tetapi untuk tidak dikaburkan dengan kejahatan penipuan (Pasal 378 KUHP) dan juga tidak menggunakan dua kali kata-kata yang sama yaitu *daya upaya-tipu-daya*, maka sebaiknya digunakan istilah penyesatan. Adapun yang dimaksud dengan penyesatan ialah agar supaya seseorang tergerak hatinya untuk cenderung melakukan sesuatu tindakan sebagaimana yang dikehendaki (digerakkan) oleh penggerak.

Dalam hal penyesatan, unsur harus ada pada orang yang digerakkan. Jika tidak demikian, artinya pada orang yang digerakkan tidak ada unsur kesengajaan maka penyesatan ini dapat merupakan bentuk menyuruh melakukan yang berarti orang yang disuruh tidak dipertanggungjawabkan. Contoh-contoh yang umum dipergunakan oleh para penulis ialah: A menyatakan kepada B, bahwa C telah menjelekkan nama B, yang sesungguhnya tidak benar, karena mana B menjadi panas hati, lalu memukul C. Dalam hal ini B telah sadar memukul C dan untuk itu ia tidak terlepas dari pertanggung-jawaban pidana. Jelaslah bahwa akibat dari penyesatan adalah untuk menimbulkan ketegangan dalam hati orang lain yang dapat berupa iri-hati, pembangkitan dendam terpendam, kebencian, rasa marah, dan lain sebagainya, sehingga ia cenderung untuk melakukan sesuatu tindakan tetapi dalam batas-batas bahwa ia sesungguhnya menurut perhitungan yang layak masih dapat mengendalikan diri sendiri. Jika ia melakukan tindakan, maka unsur kesengajaan/kesadaran masih ada padanya.

Di atas telah diutarakan bahwa yang digerakkan adalah untuk melakukan suatu tindak pidana tertentu. Jadi jika misalnya A mengatakan kepada B, bahwa sesuatu barang (jam tangan) yang dipakai P adalah milik almarhum ayah B yang diambil oleh P ketika terjadi kecelakaan pada ayah B. Kemudian menganjurkan supaya dirampas saja dari P dan dibawa kabur. Ternyata B pada hari itu tidak melakukan seperti apa yang dikehendaki A tetapi malahan membunuh P keesokan harinya. Jelaslah bahwa dalam hal seperti ini tidak dapat dikatakan bahwa A telah menggerakkan B untuk melakukan pembunuhan, yang berarti A bukan penyerta penggerak. Dengan perkataan lain tidak ada hubungan kausal antara yang dikehendaki A dengan yang dilakukan B.

7. Pemberian kesempatan, sarana dan/atau keterangan

Ketentuan yang hampir senada dengan ketentuan ini kita temukan pula dalam Pasal 56 ke-2 yang berbunyi: “mereka yang sengaja memberikan kesempatan, Sarana atau keterangan untuk melakukan kejahatan”. Menjadi pertanyaan, apa perbedaan dari ketentuan Pasal 55 dan 56 tersebut. Jawabannya ialah:

Misalkan: *A memberi kesempatan* (sarana/keterangan) kepada B, kemudian B melakukan suatu tindak pidana, maka dengan Pasal 55 dan 56 KUHP tersebut perbedaannya terletak pada:

- a. Jika pada A, keinginan/kehendak untuk melakukan suatu tindak pidana tertentu pertama-kali sudah ada, sedangkan pada B ada setelah ia digerakkan dengan pemberian kesempatan (sarana atau keterangan) dan lalu B melakukan tindak pidana, maka kita berbicara mengenai bentuk penyertaan penggerak (Pasal 55 KUHP). Dalam hal ini A adalah penggerak dan B yang digerakkan. Tetapi jika pada B sejak semula sudah ada kehendak untuk melakukan suatu tindak pidana tertentu dan ia minta kesempatan dan sebagainya dari A, di mana A sengaja memberikannya dan diketahui bahwa kesempatan itu diperlukan oleh B untuk melakukan suatu pidana tertentu, maka kita berbicara mengenai bentuk penyertaan pembantuan (Pasal 56 KUHP). Dalam hal ini A adalah pembantu dan B adalah pelaku.

Ringkasnya ialah ditinjau dari sudut A apakah ia memberikan kesempatan itu, karena hendak *mengerakkan* B untuk melakukan kejahatan ataukah karena *diminta* oleh B.

Atau jika dilihat dari sudut B, apakah kesengajaan untuk melakukan sudah ada padanya sebelumnya, atau baru ada padanya keinginan melakukan tindak pidana setelah ia menerima kesempatan dan sebagainya itu. Dalam hal pertama, B adalah pelaku (pelaku) dan dalam hal tersebut belakangan B adalah si tergerak.

- b. Dalam kasus tersebut di atas, apakah B sebagai tergerak atau sebagai pelaku (pelaku), ancaman pidananya adalah sama, yaitu dipidana (sama) sebagai pelaku (*dader*). Tetapi bag. A tidak demikian, karena dalam hal bentuk penyertaan penggerakan ia dipidana sebagai pelaku, tetapi dalam hal bentuk penyertaan pembantuan ia dipidana sebagai pembantu-pelaku yang ancaman pidana maksimumnya dikurangi dengan sepertiganya.
- c. Dalam hal bentuk (penyertaan) penggerakan, berlaku bagi tindak pidana kejahatan atau tindak pidana pelanggaran, sedangkan dalam bentuk (penyertaan) pembantuan hanya berlaku bagi tindak pidana kejahatan.

Contoh pemberian kesempatan, sarana atau dapat digambarkan sebagai berikut: seorang pembantu menyatakan kepada tunangannya supaya tunangannya itu nanti malam melakukan pencurian di rumah majikannya karena seluruh penghuni rumah akan pergi keluar kota. Gadis itu bahwa ia akan membiarkan salah

satu jendela tidak terkunci walaupun tertutup (kesempatan), atau memberikan suatu kunci yang dapat digunakan untuk membuka salah satu pintu (sarana) atau menjelaskan mana bisa memasuki rumah itu tanpa menimbulkan kecurigaan orang lain, di mana letak uang dan barang-barang berharga dari majikannya disimpan (keterangan).

Dari uraian-uraian tersebut di atas jelas terlihat bahwa sukar sekali untuk menentukan suatu penyertaan merupakan penggerakan atau pembantuan. *Karena unsur yang paling menentukan* terletak pada hati sanubari pelaku yaitu unsur kesengajaan sehingga dibutuhkan kecerdikan dan keuletan dari para penyidik/penuntut untuk memecahkannya.

Pada akhirnya, dapat disimpulkan bahwa syarat-syarat untuk adanya penganjuran (*uitlokking*) adalah:

1. Harus ada orang yang mempunyai *opzet* (kehendak/maksud) untuk melakukan perbuatan pidana dengan cara menganjurkan orang lain.
2. Harus ada orang lain yang melakukan perbuatan yang sengaja dianjurkan.
3. Cara menganjurkan harus dengan cara-cara/salah satu cara daya upaya sebagaimana ditentukan dalam Pasal 55 ayat (1) ke-2.
4. Orang yang dianjurkan harus benar-benar melakukan perbuatan pidana sebagaimana yang dikehendaki oleh orang yang menganjurkan.

VI.

PEMBANTUAN (*MEDEPLECHTIGE*)

A. Pengertian Pembantuan (*Medeplechtige*)

Pada dasarnya, pembantuan (*medeplechtige*) adalah salah satu bentuk penyertaan (*deelneming*) yang diatur di dalam Buku I Bab V Pasal 56 KUHP, dikarenakan pengertian pembantuan (*medeplechtige*) hampir mirip dengan penyertaan (*deelneming*) dari aspek subjeknya.

Pasal 56 KUHP, menentukan: *Dipidana sebagai pembantu (medeplechtige) sesuatu kejahatan:*

Ke-1 : Mereka sengaja memberi bantuan pada waktu kejahatan dilakukan.

Ke-2 : Mereka yang sengaja memberi kesempatan, sarana atau keterangan untuk melakukan kejahatan.

Di dalam pasal ini dengan tegas disebutkan kata “kejahatan”. Ini berarti hanya membantu melakukan kejahatan saja yang dapat dipidana, dengan kata lain: membantu melakukan “pelanggaran” tidak dipidana. Hal ini juga secara tegas diatur dalam KUHP kita yaitu dalam Pasal 60 KUHP.

Secara sistematis, sengaja membantu orang lain melakukan suatu kejahatan, dibedakan atas dua macam pembantuan, yaitu pembantuan pada waktu dilakukan kejahatan tanpa dengan daya upaya tertentu, dan membantu yang mendahului melakukan kejahatan dengan daya upaya memberi kesempatan, sarana atau keterangan. Pembantuan dalam bentuk dengan sengaja membantu pada waktu kejahatan dilakukan, hampir mirip dengan bentuk turut serta melakukan. Inti pembantuan bahwa orang yang membantu hanya melakukan peranan yang tidak penting, sedangkan inti turut serta melakukan bahwa orang yang turut serta ada kerja sama yang erat antara mereka yang melakukan perbuatan pidana.¹⁹⁶

Dari perumusan Pasal 56 KUHP tersebut dapat dibedakan adanya dua macam pembantuan, yaitu:

1. Pembantuan pada waktu dilakukan kejahatan tanpa daya upaya tertentu. Ini berarti bahwa pembantuan yang diberikan pada waktu kejahatan dilakukan oleh pembantu tidak dibatasi. Artinya, setiap jenis pemberian-pemberian bantuan apa saja. Contoh: A berduel dengan B, kemudian C lewat dengan

¹⁹⁶ Moeljatno, Op. Cit., hlm. 54.

membawa pedang, selanjutnya A meminjam pedang C dan digunakan untuk memukul B.

2. Pembantuan yang mendahului/sebelum dilakukan kejahatan dengan daya upaya tertentu yaitu memberi kesempatan, sarana atau keterangan. Ini berarti bahwa pembantuan sebelum/yang mendahului dilakukannya kejahatan harus dilakukan dengan daya upaya yang telah ditentukan secara limitatif yaitu dengan memberi kesempatan, sarana atau keterangan-keterangan. Contoh: A membawa lari seorang wanita untuk diperkosa, di perjalanan A bertemu dengan temannya yaitu B yang sedang membawa motor. Setelah A memberitahukan maksud A kepada B untuk membawa lari wanita yang dibawanya untuk diperkosa, maka B kemudian meminjamkan motornya kepada A.

B. Pertanggungjawaban Pembantu Menurut Hukum Pidana

Mengenai pertanggungjawaban pembantu telah diatur di dalam Pasal 57 ayat (4) KUHP yang pada hakikatnya sama dengan apa yang di maksud dalam Pasal 55 ayat (2) KUHP.

Pasal 57 ayat (4) KUHP berbunyi:

“Dalam menentukan pidana bagi pembantu, yang diperhitungkan hanya perbuatan yang sengaja dipermudah atau diperlancar olehnya, beserta akibat-akibatnya”.

Dengan demikian, menurut susunan kata-kata Pasal 57 ayat (4) KUHP tersebut dapat ditentukan bahwa:

1. “Si pembantu” dipertanggungjawabkan terhadap perbuatan yang merupakan sekadar “perbuatan bantuan” yaitu yang mempermudah/memperlancar perbuatan si pelaku utama.
2. “Si pembantu” juga dipertanggungjawabkan terhadap akibat-akibat yang timbul dari perbuatan si pelaku utama.

C. Pembantuan Sebagai Delik yang Berdiri Sendiri

Adakalanya “perbuatan membantu kejahatan” oleh KUHP dijadikan kejahatan/delik yang berdiri sendiri misalnya di dalam ketentuan Pasal 110 KUHP.

Pasal 110 KUHP berbunyi:

1. *Permufakatan jahat untuk melakukan kejahatan tersebut Pasal 104-108 KUHP, diancam dengan pidana paling lama enam tahun.*
2. *Pidana tersebut berlaku juga bagi orang yang dengan maksud mempersiapkan/memperlancar kejahatan tersebut Pasal 104-108 KUHP:*
Ke-1 : Mencoba menggerakkan orang lain supaya melakukan, menyuruh lakukan atau turut serta melakukan, menggerakkan

orang lain supaya melakukan, menyuruh melakukan atau turut serta melakukan kejahatan atau supaya memberi bantuan pada waktu melakukan atau memberi kesempatan, sarana atau keterangan untuk melakukan kejahatan.

- Ke-2 : Mencoba memperoleh kesempatan, sarana atau keterangan untuk melakukan kejahatan bagi diri sendiri atau orang lain. -*
 - Ke-3 : Mempunyai persediaan barang-barang yang diketahui bahwa gunanya untuk melakukan kejahatan.*
 - Ke-4 : Mempersiapkan atau mempunyai rencana untuk melaksanakan kejahatan, yang maksudnya akan diberitahukan kepada orang lain.*
 - Ke-5 : Mencoba mencegah, merintangi atau menggagalkan tindakan yang diadakan oleh Pemerintah guna mencegah atau menindas pelaksanaan kejahatan.*
- 3. Barang-barang termasuk dalam ayat (2) ke-3 dapat dirampas.*
 - 4. Tidak dipidana barang siapa ternyata bahwa maksudnya hanya mempersiapkan atau memperlancar percobaan ketatanegaraan dalam arti umum.*
 - 5. Jika dalam salah satu hal seperti yang di maksud dalam ayat (1) dan (2) pasal ini, kejahatan sungguh terjadi, pidananya dapat dilipat dua kali.*

Hal di atas pada hakikatnya merupakan perbuatan pembantuan terhadap kejahatan yang disebut Pasal 104, 106, 107 dan 108 KUHP, di mana ancaman pidananya sama dengan pidana yang diancamkan dalam kejahatan pokok itu sendiri.

VII.

PERBARENGAN TINDAK PIDANA (*CONCURSUS/SAMENLOOP*)

A. Dasar Hukum

Ketentuan mengenai *concursus/samenloop* (penggabungan/perbarengan) diatur dalam Buku I Pasal 63 s/d 71 KUHP.

B. Pengertian *Concursus/Samenloop* (Penggabungan/ Perbarengan)

Istilah *concursus/samenloop* ini ada yang menerjemahkan sebagai “gabungan beberapa tindak pidana”, “rentetan beberapa peristiwa pidana”. Di samping itu ada juga memakai istilah “perbarengan dari beberapa perbuatan pidana”.

Suatu *samenloop van strafbare feiten* atau suatu gabungan dari perbuatan-perbuatan yang dapat dihukum itu hanya ada apabila perbuatan-perbuatan tersebut telah dilakukan oleh satu orang yang sama dan di antara perbuatan-perbuatan itu tidak terdapat suatu putusan hakim yang telah mengadili satu atau lebih dari perbuatan-perbuatan tersebut.

Ajaran tentang *concursus/samenloop* ini merupakan ajaran yang tersulit dalam ilmu hukum pidana, sehingga orang tidak akan dapat memahami apa yang sebenarnya dimaksud dengan *samenloop van strafbare feiten* itu sendiri, maupun permasalahannya apabila orang tidak mengikuti perkembangan paham mengenai “*feit*” yang terdapat dalam rumusan yang mengatur masalah *concursus/samenloop* itu, khususnya dalam rumusan Pasal 63 (1) KUHP. Adakalanya “*feit*” diterjemahkan dengan “perilaku”, meskipun dalam kenyataannya tidak selalu demikian. Sementara adakalanya juga “*feit*” diterjemahkan dengan “perbuatan” dengan alasan “*feit*” sebagai suatu “*materiele feit*” atau “*materiele handeling*” (“perbuatan nyata”).

Berkenaan dengan ppidanaannya ini, KUHP mengenal 4 sistem atau stelsel yaitu:

1. *Absorptie stelsel*
2. *Cumulatie stelsel*
3. *Verscherpte absorptie stelsel*
4. *Gematigde cumulatie stelsel*

Singkatnya, stelsel nomor 1 dan 2 disebut stelsel pokok, sedangkan nomor 3 dan 4 disebut *Tussen Stelsel* (stelsel tengah). Adapun penjelasannya adalah sebagai berikut:

1. *Absorptie stelsel*

Apabila seseorang melakukan beberapa perbuatan yang merupakan beberapa delik yang masing-masing diancam dengan pidana sendiri-sendiri atau berbeda-beda, maka menurut sistem ini hanya dijatuhkan satu pidana yaitu pidana terberat walaupun orang tersebut melakukan beberapa delik

Contoh: A melakukan 3 macam delik yang masing-masing dari perbuatan itu diancam dengan pidana penjara 1 tahun, 2 tahun, 3 tahun.

Menurut sistem ini pidana yang boleh dijatuhkan hanya satu pidana yang terberat, yaitu 3 tahun penjara. Pidana terberat ini seolah-olah menelan atau menyerap pidana lainnya yang lebih ringan (*absorptie* = menghisap/menelan/menyerap)

2. *Cumulatie stelsel*

Apabila seseorang melakukan beberapa perbuatan yang merupakan beberapa delik yang diancam dengan pidana sendiri-sendiri, maka menurut sistem ini tiap-tiap pidana yang diancam terhadap tiap-tiap delik semua dijatuhkan (*cumulatie* = menjumlahkan)

Contoh: Kalau diambil contoh di atas maka menurut sistem ini terhadap A yang melakukan 3 delik yang masing-masing diancam pidana sendiri-sendiri itu dikenai pidana 6 tahun yaitu 1 tahun + 2 tahun + 3 tahun.

3. *Verscherpte absorptie stelsel*

Apabila seseorang melakukan beberapa perbuatan pidana yang masing-masing diancam dengan pidana sendiri-sendiri, maka hanya dijatuhkan satu pidana saja, yaitu pidana yang terberat akan tetapi ditambah $\frac{1}{3}$ nya.

Contoh: Kalau menurut contoh di atas maka menurut stelsel ini Ia dijatuhi pidana terberat ditambah $\frac{1}{3}$ nya yaitu 1 tahun. Jadi jumlah pidana seluruhnya adalah 4 tahun.

4. *Gematigde cumulatie stelsel*

Apabila seseorang melakukan beberapa perbuatan yang merupakan delik berdiri sendiri yang diancam dengan pidana sendiri-sendiri, maka semua pidana yang diancamkan terhadap masing-masing delik dijatuhkan semuanya akan tetapi jumlah dari pada pidana itu harus dikurangi yaitu jumlahnya tidak boleh melebihi dari pidana yang terberat ditambah dengan $\frac{1}{3}$ nya.

Contoh: Dari contoh di atas mestinya ia dijatuhi pidana 6 tahun akan tetapi jumlah itu dikurangi sehingga pidana itu dibatasi tidak lebih dan 4 tahun yaitu 3 tahun + $\frac{1}{3}$ nya.

Dari beberapa stelsel tersebut di atas, yang manakah yang dianut oleh KUHP kita? Pada dasarnya yang dianut oleh KUHP kita ialah stelsel ke-3 dan ke-4 (stelsel tengah/*tussen stelsel*), akan tetapi di samping itu menggunakan juga stelsel ke-1 dan ke-2 (stelsel pokok walaupun hal ini digunakan dalam beberapa hal saja). Oleh karena *concurus/samenloop* ini berhubungan erat dengan masalah penjatuhan pidana, maka dapat dikatakan bahwa *concurus/samenloop* oleh KUHP dianggap sebagai suatu keadaan yang memberatkan pidana, sekalipun penulis beranggapan bahwa *concurus/samenloop* justru suatu keadaan yang meringankan pidana. Hal ini disebabkan dari beberapa perbuatan pidana yang dilakukan tersebut ancaman pidananya tidak bersifat kumulatif dalam arti ditambahkan secara ekstensif.

Pembagian lain dari *concurus/samenloop* apabila kita tinjau dari segi bentuknya dapat dibagi atas 3 hal:

1. ***Eendaadse samenloop/concurus idealis* (Perbarengan Peraturan) (Pasal 63 KUHP).**

Apabila seseorang melakukan suatu perbuatan akan tetapi dengan satu perbuatan tersebut ia melanggar beberapa peraturan pidana dengan mana berarti bahwa ia melaksanakan beberapa perbuatan pidana.

Ada beberapa contoh dari Arrest H.R.:

- Arrest tanggal 15 Februari 1932

Kasus posisinya adalah sebagai berikut: *seorang mengemudi sepeda motor pada waktu malam tanpa menggunakan lampu dan dalam keadaan mabuk.*

Bila kita tinjau sebelum tahun 1932 perbuatan mengemudi ini hanya merupakan *eendaadse sameloop*, dianggap satu perbuatan material. Akan tetapi setelah tahun 1932, H.R. berpendirian lain yaitu bahwa pengemudi itu melakukan dua perbuatan (*meerdadse samenloop*). H.R. dalam pendiriannya ini menyandarkan pada ciri-ciri yang melekat pada perbuatan yang memiliki 2 ciri:

- a. Yang melekat pada bendanya/objeknya. Sepeda motor tanpa lampu.
- b. Yang melekat pada orangnya/subjeknya yang memakai sepeda motor tersebut dalam keadaan mabuk.

Dengan kata lain: H.R. pada waktu itu berpendapat bahwa perbuatan itu merupakan *meerdadse samenloop*.

- Arrest 6 Juni 1932

Kasus posisinya adalah sebagai berikut: Seorang mengail ikan di kolam orang lain tanpa izin pemiliknya. Di Negeri Belanda ada aturan yang mengatur yaitu banang siapa yang akan mengail harus mendapat izin dari

yang berwajib (*Vis acte*). Kalau kita lihat persoalan tersebut maka si pemancing dengan satu perbuatan melakukan 2 pelanggaran, yaitu:

- a. Memancing tanpa izin dari pemilik.
- b. Mengail tanpa izin dari yang berwajib.

Sebelum tahun 1932, H.R. memandang sebagai *eendaadse samenloop* tetapi sejak tahun 1932 menganggap perbuatan tersebut *meerdaadse samenloop*.

- Arrest 27 Juni 1932

Kasus posisinya sebagai berikut: Seorang dalam keadaan mabuk berjalan di jalan umum dan biasanya orang mabuk tidak mempunyai keseimbangan badan, jalannya tidak tetap sehingga mengganggu keamanan lalu lintas. Pada saat berjalan Ia diperingatkan oleh Polantas tetapi ia tidak menghiraukan bahkan memukul Polantas yang sedang bertugas tersebut. Perbuatan memukul tersebut orang itu telah melanggar 2 peraturan pidana yaitu:

- a. Mabuk di jalan umum yang membahayakan keamanan lalu lintas.
- b. Memukul Polisi yang sedang bertugas.

Pendapat H.R. sebelum tahun 1932 termasuk *eendaadse samenloop*, tetapi sejak tahun 1932 termasuk *meerdaadse samenloop*.

Apakah pertimbangan H.R. sampai berpendapat walaupun orang (si pembuat) melakukan 1 (satu) perbuatan (*eendaadse*) akan tetapi sesungguhnya merupakan beberapa perbuatan (*meerderefeit*)? Alasannya terutama disandarkan pada ciri-ciri yang melekat pada masing-masing perbuatan tadi, yaitu ada ciri-ciri yang melekat pada orangnya dan ada yang melekat pada objeknya.

Apakah dengan alasan-alasan H.R. tadi sudah memberikan ukuran bilamana perbuatan termasuk *eendaadse samenloop* dan kapankah termasuk *meerdaadse samenloop*? Kalau kita lihat ke-3 Arrest sebenarnya tidak. H.R. hanya memberikan penafsiran secara kasuistik yaitu tiap-tiap kasus dinilai sendiri-sendiri. Sikap H.R. yang mengubah pendiriannya dari *eendaadse samenloop* menjadi *meerdaadse samenloop* justru menimbulkan pandangan berbeda dari beberapa sarjana

2. *Meerdaadse samenloop/consursus realis* (Perbarengan Perbuatan) (Pasal 65 KUHP)

Apabila seseorang melakukan beberapa perbuatan dan tiap-tiap perbuatan mana merupakan perbuatan pidana sendiri-sendiri dan terhadap perbuatan-perbuatan tadi diadili sekaligus. Kalau kita lihat dalam KUHP, *meerdaadse samenloop* dibagi dalam bentuk:

- a. Yang mengenai kejahatan (*misdrijven*) diatur dalam Pasal 65 dan 66 KUHP.
- b. Mengenai pelanggaran (*overtredingen*) diatur dalam Pasal 70 KUHP.

Adapun Pasal 65 KUHP tersebut terdiri dari beberapa ayat, sebagai berikut:

- Pasal 65 ayat 1 KUHP menentukan:

"Dalam hal pembarengan beberapa perbuatan yang harus dipandang sebagai perbuatan berdiri sendiri sehingga merupakan beberapa kejahatan yang diancam dengan pidana pokok sejenis, maka yang dijatuhkan adalah satu jenis pidana saja".

- Pasal 65 ayat 2 KUHP menentukan:

"Maksimum pidana yang dijatuhkan adalah jumlah maksimum pidana yang diancamkan terhadap perbuatan itu, tetapi tidak boleh lebih dari maksimum pidana yang terberat ditambah 1/3 nya".

Contoh dari jenis *meerdaadse samenloop*:

A melakukan 5 jenis perbuatan yang merupakan kejahatan yang diancam dengan pidana yang sejenis. Kejahatan 1 diancam 2 tahun penjara, perbuatan II diancam 3 tahun, perbuatan III diancam 4 tahun, perbuatan IV diancam 4 tahun dan perbuatan V diancam 6 tahun.

Kalau ada kejahatan yang demikian, berapakah orang yang melakukan perbuatan itu dijatuhi pidana?

Kalau kita melihat Pasal 65 KUHP, A hanya dijatuhi satu pidana saja, yaitu pidana yang terberat maksimum 20 tahun penjara. Akan tetapi jumlah ini tidak boleh melebihi dari pada terberat + 1/3 nya. Dengan demikian sistem yang dipergunakan adalah *verscherpte absorptie stelsel*/sistem absorpsi yang dipertajam. Tetapi mengenai ini ada pula sarjana yang berpendapat bahwa sistem itu bukan *verscherpte absorptie stelsel*, tetapi *gematigde cumulatieve stelsel*, oleh karena beberapa pidana itu dijatuhkan akan tetapi dibatasi yaitu jumlah semuanya tidak boleh melebihi dari pidana terberat + 1/3 nya. Karena batasan ini disebut *gematigde cumulatieve stelsel*.

Pasal 66 ayat (1) KUHP menentukan:

"Dalam hal perbarengan beberapa perbuatan yang masing-masing harus dipandang sebagai perbuatan yang berdiri sendiri-sendiri, sehingga merupakan beberapa kejahatan yang diancam dengan pidana pokok yang tidak sejenis, maka dijatuhkan pidana atas tiap-tiap kejahatan, tetapi jumlahnya tidak boleh melebihi maksimum pidana terberat ditambah sepertiga".

Pasal 66 ayat (2) KUHP menentukan:

"Denda dalam hal itu dihitung menurut lamanya maksimum kurungan pengganti yang ditentukan untuk perbuatan itu".

Kalau kita perhatikan Pasal 66 KUHP di atas, yang diatur adalah mengenai *meerdaadse samenloop* yang terdiri atas beberapa kejahatan yang diancam dengan pidana pokok yang tidak sejenis.

Contoh:

B melakukan 3 jenis/buah perbuatan yang merupakan 3 kejahatan yang diancam dengan pidana yang tidak sejenis, yaitu:

Perbuatan I diancam pidana penjara 2 tahun.

Perbuatan II diancam pidana kurungan 1 tahun.

Perbuatan III diancam pidana denda Rp 500.

Timbul pertanyaan, bagaimana caranya menentukan pidana yang dijatuhkan pada B tersebut? Kalau kita lihat Pasal 66 ayat 1 dan 2 KUHP: tiap-tiap pidana itu dijatuhkan akan tetapi dibatasi yaitu jumlah pidana itu tidak boleh melebihi maksimum pidana terberat + $\frac{1}{3}$ nya. Melihat hal ini berarti sistem yang dipergunakan dalam pemidanaannya yaitu *gematigde stelsel*/sistem *cumulatle* terbatas.

Bagaimana pidana denda harus diperhitungkan? Pasal 66 ayat (2) KUHP menentukan bahwa pidana denda harus diperhitungkan dengan pidana kurungan sebagai pengganti pidana denda. Jadi, disebut juga dengan pidana kurungan pengganti. Pasal ini kurang memberi gambaran yang jelas sehingga timbul pertanyaan, bagaimana memperhitungkan pidana denda menjadi pidana kurungan sebagai pidana pengganti? Guna menjawab hal ini, maka perlu kita lihat Pasal 30 KUHP:

Ayat 1 : Pidana denda paling sedikit tiga rupiah tujuh puluh lima sen.

Ayat 2 : jika pidana denda tidak dibayar, ia diganti dengan pidana kurungan.

Ayat 3 : Lamanya pidana kurungan pengganti paling sedikit satu hari dan paling lama enam bulan.

Ayat 4 : Dalam putusan Hakim, lamanya pidana kurungan pengganti ditetapkan demikian: jika pidana dendanya tujuh rupiah lima puluh sen atau kurang, dihitung satu hari; jika lebih dari tujuh rupiah lima puluh sen, tiap-tiap tujuh rupiah lima puluh sen dihitung paling banyak satu hari demikian pula sisanya yang tidak cukup tujuh rupiah lima puluh sen.

Ayat 5 : Jika ada pemberatan pidana denda, disebabkan karena perbarengan atau pengulangan atau karena ketentuan Pasal 52, maka pidana kurungan pengganti paling lama delapan bulan.

Ayat 6 : Pidana kurungan pengganti sekali kali tidak boleh lebih dari delapan bulan

Apabila Pasal 30 KUHP tersebut kita bahas ternyata dirumuskan dalam beberapa hal:

Apabila seseorang dijatuhi pidana denda oleh hakim dan ia tidak mau membayar denda tersebut maka ia diharuskan menjalankan pidana kurungan sebagai pengganti pidana denda/kurungan subsider.

Dalam ayat (3): lamanya pidana kurungan pengganti sekurang-kurangnya 1 hari setinggi-tingginya 6 bulan, kecuali dengan adanya *concurus/samenloop*.

Keadaan sebagai pegawai negeri maksimum 6 bulan bisa ditambah $\frac{1}{3}$ = 8 bulan (ayat 5 dan 6).

Dari uraian di atas dapat disimpulkan bahwa:

- *Meerdaadse samenloop* yang diatur dalam Pasal 65 dan 66 KUHP yaitu *meerdaadse samenloop* mengenai kejahatan.
- Sebagai sistem pemidanaannya dalam Pasal 65 KUHP adalah *verschepde absorptie stelsel*.
- Sedangkan dalam Pasal 66 KUHP mengenai sistem pemidanaannya dipakai kumulasi terbatas (*gematigde cumulatie stelsel*).

Kalau kita tinjau kedua sistem itu ternyata tidak ada perbedaan, yaitu:

- Pasal 65 KUHP dijatuhi hukuman/pidana terberat + $\frac{1}{3}$ nya.
- Pasal 66 KUHP tiap-tiap pidana dijumlahkan, akan tetapi terbatas jumlahnya, yaitu tidak boleh melebihi dari pidana terberat + $\frac{1}{3}$ nya. Dengan demikian, pada prinsipnya sama.

Di mana letak perbedaan *verschepde absorptie stelsel* dengan *gematigde cumulatie stelsel*? Perbedaannya hanya terletak pada pidana pokok yang diancamkan pada kejahatan-kejahatan yang timbul karena perbedaan pada ancamannya. Kalau *verschepde absorptie stelsel*, pidana pokok yang diancamkan adalah sejenis, sedangkan *gematigde cumulatie stelsel*, pidana pokok yang diancamkan tidak sejenis.

Sehubungan dengan hal-hal tersebut di atas, di mana mengenai *concurus/samenloop* selalu ditentukan pidana yang terberat, apakah yang dijadikan ukuran, apabila seseorang melakukan beberapa perbuatan atau pidana, misalnya: perbuatan pidana I diancam dengan penjara 1 bulan, perbuatan pidana II diancam kurungan 6 bulan. Melihat sistem *concurus/samenloop* ini, dalam hal ini mana yang terberat antara penjara 1 bulan dengan kurungan 6 bulan, karena pada hakikatnya di antara kedua jenis pidana ini sama-sama merampas hak kemerdekaan seseorang.

3. *Voorgezette handeling* (Perbuatan berlanjut) (Pasal 64 KUHP)

Apabila seseorang melakukan beberapa perbuatan dan beberapa perbuatan tersebut merupakan beberapa delik tersendiri tetapi di antara perbuatan-perbuatan itu ada hubungannya yang sedemikian eratnya satu sama lain sehingga beberapa perbuatan itu harus dianggap sebagai perbuatan berlanjut.

Bangunan *samenloop* ini diatur dalam Pasal 64 KUHP.

Pasal 64 ayat 1 KUHP:

"Jika antara beberapa perbuatan, meskipun masing-masing merupakan kejahatan atau pelanggaran, ada hubungannya sedemikian rupa hingga harus dipandang sebagai satu perbuatan berlanjut (Voorgezette handeling), maka

hanya dikenakan satu aturan pidana, jika berbeda-beda yang dikenakan yang memuat ancaman pidana pokok yang paling berat”.

Pasal 64 ayat 2 KUHP:

“Demikian juga hanya dikenakan satu aturan pidana, jika orang dinyatakan bersalah melakukan pemalsuan atau perusakan mata uang dan menggunakan barang yang dipalsu atau yang dirusak itu”.

Pasal 64 ayat 3 KUHP:

“Akan tetapi, jika orang yang melakukan kejahatan-kejahatan tersebut dalam Pasal 364, 373, 379, 407 ayat 1, sebagai perbuatan berlanjut dan nilai kerugian yang ditimbulkan jumlahnya melebihi dari tiga ratus tujuh puluh lima rupiah, maka ia dikenakan aturan pidana tersebut dalam Pasal 362, 372, 378, 406”.

Apabila kita tinjau Pasal 64 KUHP, di sana hanya ditentukan bahwa hanya satu peraturan pidana yang diperlukan atau diterapkan, yaitu pidana yang terberat. Mengenai soal pembedaannya ketentuan dalam Pasal 64 KUHP menyimpang dari ketentuan Pasal 65 dan 66 KUHP. Di mana menurut Pasal 65 KUHP, pidana yang dijatuhkan ialah satu pidana yang terberat + 1/3 nya, tetapi menurut Pasal 64 KUHP yang dijatuhkan. Ialah pidana yang terberat saja. Oleh karena itu, dapat juga dikatakan bahwa *Voorgezette handeling* yang disebut dalam Pasal 64 KUHP ini dianggap sebagai bentuk pengecualian dari *meerdaadse samenloop* yang tersimpul dalam Pasal 65 dan 66 KUHP.

Mengapa Pasal 64 KUHP ini dikatakan menyimpang dari ketentuan Pasal 65 dan 66 KUHP? Penyimpangan ini terletak pada bahwa justru antara beberapa perbuatan yang dilakukan seseorang itu merupakan hubungan yang sedemikian eratny.

Persoalan yang timbul ialah kapankah dapat dikatakan bahwa seseorang melakukan beberapa perbuatan yang merupakan beberapa delik itu terdapat hubungan yang sedemikian eratny sehingga perbuatan itu harus dianggap sebagai satu perbuatan berlanjut?

Mengenai soal ini tidak kita jumpai dalam KUHP, sehingga untuk mendapatkan penjelasan kita harus mencarinya dalam doktrin/MvT. Dan barulah kita mendapat penjelasannya apabila kita pelajari MvT atau riwayat dari Pasal 64 KUHP tersebut.

Menurut MvT tersebut untuk dapat dimasukkan dalam pengertian *Voorgezette handeling* harus dipenuhi 3 syarat:

- a. Beberapa perbuatan yang dilakukan seorang itu harus tumbuh dan satu kehendak yang terlarang.
- b. Waktu antara perbuatan-perbuatan yang dilakukan itu tidak boleh terlalu lama.
- c. Beberapa perbuatan yang dilakukan seorang itu harus sama jenisnya.

Contoh: A pembantu rumah tangga pada suatu hari melihat majikannya membawa sejumlah uang Rp1.000.000,- dan kemudian menyimpannya di almari. Melihat hal ini A timbul niatnya untuk mengambil uang tersebut, diambilnya berulang-ulang sampai uang tersebut habis. Dengan tujuan mengelabui majikannya, maka A melakukan 10 kali pencurian dalam hari yang berbeda. Dari 10 kali pencurian ini harus dianggap sebagai satu perbuatan berlanjut karena memenuhi ketiga syarat tadi, yaitu:

- a. Perbuatan A mengambil 10 kali tersebut timbul dari kehendak yang terlarang.
- b. Perbuatan itu dilakukan dalam waktu yang tidak terlalu lama jangka waktu tidak terlalu lama).
- c. Kesemuanya sejenis.

Contoh lain: A yang bermusuhan dengan B pada suatu saat bertemu di jalan. Dalam keadaan itu B memaki A. A menjadi panas dan berbalik memaki B dengan kata-kata yang menghina pada hari pertama. Tetapi tidak puas dengan itu saja kemudian B ditinjunya pada hari kedua. Karena kurang merasa puas juga maka A memegang baju B dan dirobeknya pada hari ketiga.

Dalam hal ini A telah melakukan beberapa perbuatan.

Perbuatan I : penghinaan (Pasal 315 KUHP)

Perbuatan II : memukul (penganiayaan Pasal 352 KUHP)

Perbuatan III : merobek pakaian termasuk merusak barang orang lain (Pasal 406 KUHP) dan ketiganya merupakan perbuatan yang tidak sejenis.

Selanjutnya di dalam Pasal 64 ayat (3) KUHP menentukan:

“Akan tetapi jika orang melakukan kejahatan-kejahatan seperti tersebut dalam Pasal 364, 373, 379 dan 407 ayat (1), sebagai perbuatan berlanjut dan nilai kerugian yang ditimbulkan jumlahnya lebih dari tiga ratus tujuh puluh lima rupiah, maka ia dikenakan aturan pidana tersebut dalam Pasal 362, 372, 378 dan 406”.

Kalau kita perhatikan Pasal 64 ayat (3) KUHP di atas, maka tampak beberapa kejahatan:

- Pencurian ringan (Pasal 364 KUHP)
- Penggelapan ringan (Pasal 373 KUHP)
- Penipuan ringan (Pasal 379 KUHP)
- Merusak barang orang lain (Pasal 407 KUHP)

Bilamana kita tinjau perumusan Pasal 64 ayat 3 KUHP tersebut yang diaturinya adalah: Apabila seseorang melakukan beberapa perbuatan dan perbuatan-perbuatannya itu merupakan kejahatan-kejahatan ringan, maka kejahatan-kejahatan ringan harus dianggap sebagai pelanggaran (*overtredingen*).

Apabila dilakukan sebagai perbuatan berlanjut dan nilai kerugian yang ditimbulkan jumlahnya lebih dari tiga ratus tujuh puluh lima rupiah, maka dikenakan aturan pidana tersebut dalam Pasal 362, 372, 378, 406 KUHP.

Contoh:

Apabila seseorang melakukan kejahatan ringan, misalnya penggelapan ringan (Pasal 373 KUHP) beberapa kali dan nilai dari penggelapan ringan tersebut lebih dari tiga ratus tujuh puluh lima rupiah, maka sebagai perbuatan berlanjut kejahatan-kejahatan yang dilakukan itu dianggap sebagai pelanggaran-pelanggaran biasa, jadi diatur dalam Pasal 372 KUHP.

Pasal 71 KUHP:

“Jika seseorang, setelah dijatuhi pidana kemudian dinyatakan bersalah lagi karena melakukan kejahatan-kejahatan atau pelanggaran lain sebelum ada putusan pidana itu, maka pidana yang dahulu diperhitungkan pada pidana yang akan dijatuhkan, dengan menggunakan aturan-aturan dalam bab ini mengenai hal perkara-perkara diadili pada saat yang sama”.

Jadi, apa yang diatur dalam Pasal 71 KUHP adalah: “Apabila seseorang setelah dijatuhi suatu pidana, kemudian ia dituntut lagi terhadap perbuatan pidana yang lain yang dilakukannya sebelum dijatuhkan pidana tadi, maka dalam hal menetapkan pidana yang telah dijatuhkan harus diperhitungkan seolah-olah semua perbuatan pidana itu diadili sekaligus”,

Bentuk ini kelihatan sama dengan *samenloop*, padahal sebenarnya bukanlah bentuk *samenloop*.

Contohnya:

A pada tanggal 1 Januari 1970 melakukan kejahatan pencurian, tapi kemudian pada tanggal 10 Februari 1970 ia juga melakukan kejahatan pencurian lagi. Dari jenis pencurian yang dilakukan ini karena bukti dari pencurian ini yang dilakukan pada tanggal 10 Februari 1970 sudah jelas maka diajukanlah pencurian itu dan oleh hakim misalnya pada tanggal 1 Maret 1970 A dijatuhi pidana 5 tahun penjara. Setelah ada putusan dari hakim tersebut di atas, atas pencurian tersebut ternyata kemudian bahwa perbuatan yang dilakukan tanggal 1 Januari 1970 perkaranya baru dapat diajukan, diadili oleh hakim, karena bukti-buktinya baru diperoleh secara lengkap, misalnya baru diadili 1 April 1970. Dari contoh ini bangunan kejahatan yang dilakukan itu bukanlah *samenloop*, akan tetapi bagaimanakah pidananya yang akan dikenakan terhadap A tersebut?

Menurut Pasal 71 KUHP, pidana yang dijatuhkan terhadap delik yang kemudian baru dapat dituntut harus diperhitungkan dengan pidana yang telah dijatuhkan terhadap delik-delik yang telah dituntut terlebih dahulu, seolah-olah delik tersebut diadili sekaligus, yaitu dengan menggunakan Pasal 65 KUHP, apabila delik-delik itu diancam dengan pidana yang sejenis. Sebaliknya jika diancam dengan pidana yang tidak sejenis maka digunakan ketentuan Pasal 66 KUHP. Dengan

demikian dapat disimpulkan bahwa apa yang diatur dalam Pasal 71 KUHP merupakan pengecualian terhadap *meerdaadse samenloop*.

Kalau kita lihat, maka sebenarnya Pasal 71 KUHP hanya ditujukan kepada hakim, sebab hakim tidak boleh menjatuhkan pidana baru dalam hal itu, sebab pidana yang telah dijatuhkan terlebih dahulu sudah merupakan pidana yang terberat.

VIII.

PENGULANGAN TINDAK PIDANA (*RECIDIVE*)

A. Pengertian Pengulangan Tindak Pidana (*Recidive*)

Ketentuan mengenai pengulangan tindak pidana (*recidive*) diatur di dalam Bab XXXI Buku II Pasal 486, 487 dan 488 KUHP.

Recidive itu terjadi apabila seseorang telah melakukan perbuatan pidana dan terhadap perbuatan pidana tersebut telah dijatuhi dengan putusan hakim. Pidana tersebut telah dijalankan akan tetapi setelah ia selesai menjalani pidana dan dikembalikan kepada masyarakat, dalam jangka waktu tertentu setelah pembebasan tersebut ia kembali melakukan perbuatan pidana.

Recidive menurut sistematika KUHP merupakan hal yang memberatkan pidana. Kalau kita bandingkan dengan *samenloop* maka perbedaannya yaitu:

- *Samenloop* : di antara perbuatan pidana yang dilakukan itu belum ada putusan hakim.
- *Recidive* : di antara perbuatan yang dilakukan sudah dijatuhi pidana melalui putusan hakim.
- *Samenloop* : perbuatan pidana itu diadili sekaligus.
- *Recidive* : tidak diadili sekaligus.

Apabila orang yang telah dijatuhi pidana itu kemudian melakukan lagi perbuatan pidana, maka orang itu telah membuktikan tabiatnya yang kurang baik. Meskipun ia telah dipidana tetapi karena sifatnya yang kurang baik itu, ia kembali melakukan perbuatan pidana. Oleh karena sifatnya yang demikian itu, maka residivis (pelaku pengulangan tindak pidana) perlu dijatuhi pidana yang lebih berat lagi meskipun ia telah dididik dalam Lembaga Pemasyarakatan agar mereka kemudian setelah kembali ke dalam masyarakat dapat hidup normal sebagai warga masyarakat lainnya.

Namun apabila dia melakukan perbuatan pidana lagi maka terhadapnya dapat dikenakan pasal mengenai *recidive* dengan ancaman pidana yang lebih berat

B. Sistem Recidive

Mengenai recidive ini, kita mengenal beberapa sistem:

1. *Recidive* umum (*Algemene recidive* atau *Generale recidive*).
2. *Recidive* khusus (*Speciale recidive* atau *Bijzondere recidive*).
3. *Tussen stelsel* (tempatnya antara *recidive* umum dan *recidive* khusus).

1. Recidive Umum (*Algemene Recidive*)

Recidive umum terjadi apabila seseorang yang telah melakukan delik kemudian terhadap perbuatan pidana tersebut telah dijatuhi pidana oleh hakim serta menjalani pidana di dalam lembaga pemasyarakatan. Setelah selesai menjalani hukumannya, bebas, dan kembali ke dalam masyarakat, akan tetapi dalam jangka waktu tertentu yang ditetapkan undang-undang orang tersebut melakukan lagi perbuatan pidana, perbuatan pidana mana tidak perlu sejenis.

2. Recidive Khusus (*Speciale Recidive*)

Bentuk *recidive* ini terjadi, apabila seseorang melakukan perbuatan pidana dan terhadap perbuatan pidana tersebut telah dijatuhi pidana oleh hakim. Setelah dijatuhi pidana dan pidana itu telah dijalannya, kemudian kembali ke masyarakat, akan tetapi dalam jangka waktu tertentu yang ditetapkan oleh undang-undang kembali lagi melakukan perbuatan pidana yang sejenis dengan perbuatan pidana yang terdahulu.

3. Tussen Stelsel

Yang dimaksud dengan *Tussen Stelsel* adalah apabila seseorang melakukan perbuatan pidana dan terhadap perbuatan pidana itu ia telah dijatuhi pidana oleh hakim. Tetapi setelah ia menjalani pidana dan kemudian dibebaskan, orang tersebut dalam jangka waktu tertentu yang telah ditentukan oleh undang-undang melakukan perbuatan pidana dan perbuatan pidana yang dilakukan itu merupakan golongan tertentu yang ditetapkan oleh undang-undang.

Apa yang dimaksud dengan perbuatan pidana menurut penggolongan undang-undang? Maksudnya adalah undang-undang menentukan dulu sejumlah perbuatan pidana dan dibaginya dalam golongan yang menurut sifatnya dianggap sama. Perbuatan pidana yang sifatnya sama dimasukkan dalam satu golongan.

Perbuatan pidana yang menurut sifatnya dianggap sama, misalnya:

- Perbuatan I : Pencurian
- Perbuatan II : Penggelapan
- Perbuatan III : Perampasan

Ketiga jenis perbuatan pidana ini merupakan kejahatan terhadap harta kekayaan (asal tertuju dalam harta kekayaan). Contoh: A melakukan pencurian,

setelah diadili dan dipidana serta menjalani pidananya, kemudian A dikembalikan ke masyarakat, bebas. Bilamana kemudian A melakukan delik lagi yang sifatnya sama golongannya dengan delik terdahulu (misalnya: penggelapan, perampasan), maka pidananya diperberat.

Pada dasarnya yang dianut oleh KUHP kita sebagaimana ditentukan dalam Pasal 486, 487, 488 KUHP ialah *Tussen Stelsel*. Namun demikian, KUHP kita juga menganut sistem *recidive* khusus yang tidak diatur dalam Bab XXXI KUHP, akan tetapi diatur secara sendiri dalam pasal-pasal yang bersangkutan. Oleh karena itulah pasal-pasal mengenai *recidive* tidak diatur dalam buku I. Hal ini berarti bahwa tiap-tiap delik itu mengatur tersendiri mengenai *recidive* tersebut, di mana *speciale recidive* tidak berlaku terhadap tiap-tiap delik. Adapun ketentuan mengenai *recidive* diatur dalam pasal-pasal sebagai berikut:

Pasal 486 KUHP berbunyi:

“Pidana penjara yang dirumuskan dalam Pasal 127, 204, ayat pertama, 244-248, 253-260 bis, 263, 264, 266-268, 274, 362, 363, 365 ayat pertama, kedua dan ketiga, 368 ayat pertama dan kedua sepanjang di situ ditunjuk kepada ayat kedua dan ketiga Pasal 365, Pasal 369, 372, 374, 375, 378, 380, 381-383, 385-388, 397, 400, 402, 415, 417, 425, 432 ayat penghabisan, 452, 466, 480, dan 481, begitupun pidana penjara selama waktu tertentu yang diancam menurut Pasal 204 ayat kedua, 365 ayat keempat dan 365 ayat kedua sepanjang di situ ditunjuk kepada ayat keempat Pasal 365, dapat ditambah dengan sepertiga, jika yang bersalah ketika melakukan jabatan belum lewat lima tahun, sejak menjalani untuk seluruhnya atau sebagian dari pidana penjara yang dijatuhkan kepadanya, baik karena salah satu kejahatan yang dirumuskan dalam pasal-pasal itu, maupun karena salah satu kejahatan, yang dimaksud dalam salah satu dari Pasal 140-143, 145-149. Kitab Undang-undang Hukum Pidana Tentara, atau sejak pidana tersebut baginya sama sekali telah dihapuskan (kwijtgescholden) atau jika pada waktu melakukan kejahatan, kewenangan menjalankan pidana tersebut belum daluwarsa”.

Kalau kita tinjau Pasal 486 KUHP ini, ternyata yang diatur adalah dalam hal apa pidana maksimum dari beberapa kejahatan dapat ditambah $\frac{1}{3}$ karena *recidive*. Kalau kita lihat pasal-pasal yang ditajuk dalam Pasal 486 KUHP, kejahatan-kejahatan yang digolongkan terdiri dari perbuatan-perbuatan yang dilakukan seseorang dengan maksud untuk mendapatkan keuntungan yang tidak halal ataupun yang dilakukan seseorang dengan melakukan tipu muslihat Hal inilah yang dijadikan dasar untuk memperberat pidananya dengan $\frac{1}{3}$ dengan syarat:

1. Terhadap kejahatan yang dilakukan harus sudah dipidana dengan putusan hakim yang tidak dapat dirubah lagi, dan dengan hanya pidana penjara.
2. Harus dalam jangka waktu lima tahun terhitung dari saat selesainya menjalani pidana penjara dengan saat ia melakukan perbuatan pidana untuk kedua kalinya.

Pasal 487 KUHP berbunyi:

“Pidana penjara yang ditentukan dalam Pasal 131, 140 ayat pertama, 140, 170, 213, 214, 388, 341, 342, 344, 347, 348, 351, 353-355, 438-443, 459 dan 460, begitu pun pidana penjara selama waktu tertentu yang diancam menurut Pasal 140, Pasal 140 ayat kedua dan ketiga, 399, 340, 444, dapat ditambah sepertiga, jika yang bersalah ketika melakukan kejahatan belum lewat lima tahun sejak menjalani untuk seluruhnya atau sebagian pidana penjara yang dijatuhkan kepadanya, baik karena salah satu kejahatan yang diterangkan dalam pasal-pasal itu maupun karena salah satu kejahatan yang di maksudkan dalam Pasal 106 ayat kedua dan ketiga, 107 ayat kedua dan ketiga, 108 ayat kedua, sejauh kejahatan yang dilakukan itu atau perbuatan yang menyertainya menyebabkan luka-luka atau kematian; Pasal 131 ayat kedua dan ketiga, 137 dan 138 KUHP. Tentara atau sejak pidana tersebut baginya sama sekali telah dihapuskan atau jika pada waktu melakukan kejahatan, kewenangan menjalankan pidana tersebut belum kedaluwarsa”.

Kalau kita lihat perumusan ini, ternyata dalam pasal tersebut terdapat segolongan kejahatan-kejahatan tentang perbuatan pidana yang dilakukan seseorang dengan menggunakan kekerasan terhadap orang lain antara lain: pembunuhan dan penganiayaan.

Inilah beberapa kejahatan yang diatur dalam Pasal 487 KUHP yang memungkinkan pidananya ditambah 1/3, asal saja memenuhi syarat-syarat seperti yang diatur dalam Pasal 486 KUHP karena hanya pidana penjara dari kejahatan tersebut di dalamnya boleh ditambah dengan 1/3nya karena *recidivie* itu.

Pasal 488 KUHP berbunyi:

“Pidana yang ditentukan dalam Pasal 134-138, 142-144, 207, 208, 310-321, 483 dan 484, dapat ditambah sepertiga, jika yang bersalah ketika melakukan kejahatan belum lewat lima tahun sejak menjalani untuk seluruhnya atau sebagian pidana penjara yang dijatuhkan kepadanya karena salah satu kejahatan yang diterangkan pada pasal itu, atau sejak pidana tersebut baginya sama sekali telah dihapuskan atau jika waktu melakukan kejahatan, kewenangan menjalankan pidana tersebut kedaluwarsa”.

Syarat-syarat agar pidana maksimum dapat ditambah 1/3 karena *recidive* menurut Pasal 488 KUHP, adalah:

1. Syarat-syarat pertama ini berbeda dengan syarat pertama yang ditentukan dalam Pasal 487 KUHP, 486 KUHP. Dalam pasal 488 KUHP ini, tidak ditentukan harus dengan pidana yang harus dilakukan berhubung dengan kejahatan pertama. Pasal 488 KUHP hanya menyebutkan pidana saja, bukan pidana penjara saja. Ini berarti pidana kurungan dan denda dapat merupakan dasar pemberatan tersebut
2. Sama dengan syarat kedua dalam Pasal 486/487 KUHP.

Speciale Recidive:

Sebagaimana telah diutarakan bahwa *recidive* khusus harus ada hubungan antara perbuatan pidana lama, yaitu delik yang dilakukan pertama kali yang telah dijatuhi pidana oleh hakim harus sama dengan perbuatan pidana yang dilakukan kemudian. *Speciale recidive* tidak diatur dalam Bab XXXI buku II tetapi diatur dalam tiap-tiap pasal tersendiri, yang terdapat dan berbeda di antara beberapa:

1. Kejahatan
2. Pelanggaran

1. *Speciale recidive* terhadap beberapa kejahatan (di sini tidak termasuk Pasal 486, 487 dan 488 KUHP).

Recidive khusus terhadap beberapa kejahatan diatur dalam beberapa pasal tentang *verpreidings delicten* (diatur dalam Pasal 137 s/d 144 KUHP), kejahatan *opruing* (Pasal 161 s/d 163 KUHP) dan delik-delik penyebab kebencian (Pasal 154 s/d 157 KUHP). Kalau kita lihat ketentuan-ketentuan tersebut maka dalam hal *recedive*: pidananya boleh ditambah dengan pemecatan dari jabatannya jika diulangnya dalam jangka waktu yang ditetapkan ada yang 2 tahun ada pula yang 5 tahun.

Contoh:

Pasal 137 KUHP, pidananya dapat diperberat dengan pidana tambahan, yaitu pemecatan dari jabatannya apabila kejahatan tersebut diulangi lagi. Tenggang waktunya ditetapkan 2 tahun.

2. *Speciale recidive* terhadap beberapa pelanggaran.

Mengenai beberapa pelanggaran ini bisa yang mengenal perbuatan yang diatur dalam Pasal 489 s/d 492 KUHP, 516 s/d 526 KUHP, 540 s/d 544 KUHP, dan sebagainya. Dalam hal-hal ini, pidana maksimum yang diperberat dengan mengganti pidana denda dengan pidana kurungan apabila pelanggaran tersebut diulangi. Jangka waktu yang ditetapkan untuk residivis ada yang satu tahun ada yang 2 tahun, sejak tanggal pidana terdahulu dijatuhkan.

Contoh:

Pasal 489 KUHP, apabila seseorang yang pernah dijatuhi pidana karena nakal kemudian dalam jangka waktu 1 tahun melakukan perbuatan nakal lagi, maka pidananya diperberat yaitu tidak lagi merupakan pidana denda akan tetapi karena diulangi diganti dengan pidana kurungan yang lamanya 3 hari.

Pasal 492 KUHP berbunyi:

- (1) *Barang siapa dalam keadaan mabuk di muka umum merintanglalu lintas, atau mengganggu ketertiban, atau mengancam keamanan orang lain, atau melakukan sesuatu yang harus dilakukan dengan hati-hati atau dengan mengadakan tindakan penjagaan tertentu lebih dahulu agar jangan membahayakan nyawa atau kesehatan orang lain, diancam dengan*

kurungan paling lama enam hari atau denda paling banyak tiga ratus tujuh puluh lima rupiah.

- (2) *Jika ketika melakukan pelanggaran belum lewat satu tahun sejak adanya pemidanaan yang menjadi tetap karena pelanggaran yang sama, atau karena hal yang dirumuskan dalam Pasal 436, dijatuhi pidana kurungan paling lama dua minggu.*

Recidive dalam pelanggaran ini tidak lagi merupakan pidana denda, tetapi diancam dengan pidana kurungan 2 minggu. *Recidive* merupakan hal pemberatan pidana juga dalam kedudukan sebagai pegawai negeri (Pasal 52 KUHP)

Pasal 52 KUHP berbunyi:

"Bilamana seorang pejabat karena melakukan perbuatan pidana melanggar suatu kewajiban khusus dari jabatannya, atau pada waktu melakukan perbuatan pidana memakai kekuasaan, kesempatan atau sarana yang diberikan kepadanya karena jabatannya, pidananya dapat ditambah sepertiga".

DAFTAR PUSTAKA

Buku:

- Abidin, A. Z. *Asas-asas Hukum Pidana bagian Pertama*. Bandung: Alumni, 1987.
- _____. *Hukum Pidana I*, cet. II. Jakarta: Sinar Grafika, 2007.
- Adji, Indriyanto Seno. 2002. *Korupsi dan Hukum Pidana*. Jakarta: Kantor Pengacara Prof. Dr. Oemar Seno Adji.
- Arief, Barda Nawawi, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*. Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 1996.
- _____. "Masalah Pemidanaan Sehubungan dengan Perkembangan Delik-delik Khusus dalam Masyarakat Modern". (Makalah yang disampaikan pada Seminar Perkembangan Delik-delik Khusus dalam Masyarakat yang Mengalami Modernisasi, yang diselenggarakan oleh BPHN-UNAIR Surabaya, 25 - 27 Februari 1980) (Bandung: Bina Cipta, 1982).
- Bentham, Jeremy. *A Fragment of Government*. London: Tample Bar, Tanpa Tahun.
- Chazawi, Adami. 2012. *Pelajaran Hukum Pidana (Bagian 1)*. Jakarta: Rajawali Pers.
- Croall, Hazel. 1988. *Crime and Society in Britain*. London: Longmann.
- Dan-Cohen, Meir. 2002. *Harmful Thought: Essay on Law, Self and Morality*. Princenton & Oxford: Princenton University Press.
- Duff, R.A. dan Stuart P. Green (eds.). 2005. *Defining Crimes: Essays on the Special Part of the Criminal Law*. New York: Oxford University Press.
- Harkrisnowo, Harkristuti. 2001. *Tindak Pidana Kesusilaan dalam Perspektif Kitab Undang-undang Hukum Pidana Dalam Pidana Islam di Indonesia: Peluang, Prospek dan Tantangan*. Jakarta: Pustaka Firdaus.
- Hart, H. L. A. 1961. *The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Hiariej, Eddy O. S. 2009. *Pengantar Hukum Pidana Internasional*. Jakarta: Erlangga.
- Huda, Chairul. 2011. *Dari Tiada Pidana Tanpa Kesalahan Menuju Kepada Tiada Pertanggungjawaban Pidana Tanpa Kesalahan, Tinjauan Kritis Terhadap Teori Pemisahan Tindak Pidana dan Pertanggungjawaban Pidana* cet. Ke-4. Jakarta: Kencana Prenada Media Group.
- Jonkers, J.E. 1946. *Handbock van het Ned Indische Strafrecht*. Leiden: E.J. Brill.
- Kanter, E.Y. dan S.R. Sianturi. 2002. *Asas-Asas Hukum Pidana di Indonesia dan Penerapannya*. Jakarta: Storia Grafika.
- Kholiq, M. Abdul. 2002. *Buku Pedoman Kuliah Hukum Pidana*. Yogyakarta: Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia.

- Moeljatno. 1983. *Perbuatan Pidana dan Pertanggungjawaban dalam hukum Pidana*. Jakarta: PT Bina Aksara.
- _____. 2015. *Asas-Asas Hukum Pidana*. cet. IX, Jakarta: Rineka Cipta.
- Muladi dan Dwidja Priyatno. 2010. *Pertanggungjawaban Pidana Korporasi*. Jakarta: Kencana Prenada Media Group.
- Prodjodikoro, Wirjono. 1981. *Asas-Asas Hukum Pidana di Indonesia*. Jakarta: Eresco.
- Rommelink, Jan. 2003. *Hukum Pidana Komentar atas Pasal-pasal Terpenting dari Kitab Undang-undang Hukum Pidana Belanda dan Padanannya dalam Kitab Undang-undang Hukum Pidana Indonesia*. Diterjemahkan oleh Tristam Pascal Moeliono. Jakarta: PT Gramedia Pustaka Utama.
- Saleh, Roeslan. 1982. *Pikiran-Pikiran Tentang Pertanggungjawaban Pidana*, cet. I. Jakarta: Ghalia Indonesia.
- _____. 1983. *Perbuatan Pidana dan Pertanggung jawaban Pidana; Dua Pengertian Dasar Dalam Hukum Pidana*. Jakarta: Aksara Baru.
- _____. 1994. *Masih Saja Tentang Kesalahan*. Jakarta: Karya Dunia Pikir.
- Sapardjaja, Komariah E. 2002. *Ajaran Melawan Hukum Materiel Dalam hukum Pidana Indonesia; Studi Tentang Penerapan dan perkembangannya dalam Yurisprudensi*. Bandung: Alumni.
- Schaffmeister, D. Nico Keijzer dan E. PH. Sutorius. 1995. *Hukum Pidana*. Yogyakarta: Liberty.
- Schreuder. 1951. *Het Wetboek van Straafrecht*. A.W. Sijthoff Uitgevers Maatschaapij NV. Leiden.
- Sianturi, S.R. 1986. *Asas-Asas Hukum Pidana di Indonesia dan Penerapannya*. Jakarta: Alumni AHAEM-PETAHAEM.
- Simons. 1992. *Kitab Pelajaran Hukum Pidana (Leerboek van Het Nederlanches Strafrecht)*, terjemahan P.A.F. Lamintang. Bandung: Pionir.
- Soesilo, R. 1960. *KUHP Serta Komentar-Komentarnya Lengkap Pasal Demi Pasal*. Bogor: Politeia.
- Sudarto, R. 1990. *Hukum Pidana I*, Semarang: Yayasan Sudarto Fakultas Hukum Undip Semarang.
- Sutorius, E.Ph. 1987. "Het Schuldbeginself/Opzet en de Varianten Daarvan", Alih Bahasa Wonosutanto. Bahan Penataran Hukum Pidana Angkatan I, Semarang, FH-UNDIP.
- Syamsu, M. Ainul. 2014. *Pergeseran Turut Serta Melakukan Dalam Ajaran Penyertaan*. Jakarta: Prenadamedia Group.
- Tongat. 2008. *Dasar-Dasar Hukum Pidana Indonesia dalam Perspektif Pembaruan*. Malang: UMM Press.
- Utrecht. *Ringkasan Sari Kuliah Hukum Pidana II*. Surabaya: Pustaka Tinta Mas.
- Van Hattum, W.F.C. 1953. *Hand en Leerboek Van Het Nederlandse Strafrecht I*, Gravenhage: S. Gouda Quint D.Brouwer en Zoon Arnhem, Martinous Nijhoff.

- Von Beling, Ernest Ludwig. 1906. *Lehre vom Verbrechen*. Tübingen: JCB Mohr.
- Vos, H.B. 1950. *Leerboek Van Nederlands Strafrecht, Derde Herziene Druk*, dikutip oleh H.D. Tjeenk Willink & Zoon. Haarlem: N.V.
- Widnyana, I Made. 2010. *Asas-Asas Hukum Pidana*. Jakarta: Fikahati Aneska.
- Wignjosoebroto, Soetandyo. 1994. *Dari Hukum Kolonial Ke Hukum Nasional; Dinamika Sosial-Politik dalam Perkembangan Hukum di Indonesia*. Jakarta: Raja Grafindo Persada.
- William, Glanville. 1961. *Criminal Law: General Part*. London: Stevens & Sons.

Jurnal dan Makalah:

- Dan-Cohen, Meir. "Decision Rules and Conduct Rules: on Accoustic Separation in Criminal Law". *Harvard Law Review*, vol. 97, 1984.
- Eser, Albin. "Justification and Excuses". *The American Journal of Comparative Law*, vol. 24, 1976.
- Finn, Cynthia H. "*The Responsible Corporate Officer, Criminal Liability, and Mens Rea: Limitation on the RCO Doctrine*". *The American University Law Review*, vol. 46, 1996.
- Hanafi. "Reformasi Sistem Pertanggungjawaban Pidana". *Jurnal Hukum*, vol. 6, No. 11, 1999.
- Kartanegara, Satochid. "Hukum Pidana, Kumpulan Kuliah dan Pendapat-pendapat Para Ahli Hukum Pidana, Bagian Satu". *Balai Lektur Mahasiswa*.
- Moeljatno. "Perbuatan Pidana dan Pertanggungjawaban Dalam Hukum Pidana". (Pidato Ilmiah dalam Dies Natalis Universitas Gajah Mada, pada tanggal 19 Desember 1955).
- (Online), tersedia di <http://firmanhakim03.blogspot.com/2016/09/rangkuman-keterangan-ahlipidana-prof-26-html> (7 Oktober 2017).
- Robinson, Paul H, "A Functional Analysis of Criminal Law". *New York University Law Review*, vol. 876-884, 1994.
- Robinson, Paul H, "Structuring Criminal Code to Perform Their Function". *Buffalo Criminal Law Review*, vol. 5, 2000.
- Robinson, Paul H. "Rules of Conduct and Principle of Adjudication". *University of Chicago Law Review*, vol. 57, 1990.
- Sutorius, E.Ph. "Het Schuldbeginzel/Opzet en de Varianten Daarvan", Alih Bahasa Wonosutanto, (Bahan Penataran Hukum Pidana Angkatan I, Semarang, FH-UNDIP, 6 - 28 Agustus 1987).
- Uraian lengkap mengenai kategori disabilitas, jenis, kendala dan hambatan khusus, baca "Peradilan yang Fair bagi Penyandang Disabilitas", Pusham UII, Yogyakarta, 2014.

Peraturan Perundang-undangan dan Putusan Pengadilan:

Kitab Undang-undang Hukum Acara Pidana (KUHP).

Kitab Undang-undang Hukum Pidana (KUHP).

Putusan Mahkamah Agung tanggal 27 Maret 1972 Nomor K/Kr/1970.

Putusan Nomor 42/K/Kr/1965 tanggal 8 Januari 1966.

Putusan Nomor 72/K/Kr/1970 tanggal 27 Mei 1972.

Tim Penyusun. 2018. "Naskah Rancangan Kitab Undang-undang Hukum Pidana Hasil Pembahasan Panitia Kerja RKUHP-DPR RI". Jakarta: BPHN & Menkumham.

Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan.

PROFIL PENULIS



Lukman Hakim yang lahir di Jakarta, 19 Juni 1976, adalah alumnus Fakultas Hukum Universitas Muhammadiyah Jakarta dengan predikat lulusan terbaik ke-2 (1998), kemudian melanjutkan S-2 di Fakultas Hukum Universitas Indonesia (2002), dan S-3 di Fakultas Hukum Trisakti (2019), keduanya dengan predikat *cum laude*.

Selain sebagai dosen tetap di FH Universitas Bhayangkara Jakarta sejak 2011, Lukman Hakim juga berprofesi sebagai Advokat & Konsultan HaKI di Hakim & Partners, dan Muhajir Sodruddin & Partners.

Lukman Hakim juga aktif sebagai pembicara dalam berbagai diskusi publik dan seminar tentang hukum pidana dan hukum ekonomi, serta seringkali diminta untuk memberikan keterangan sebagai Ahli, baik dalam tingkat penyidikan maupun dalam proses pemeriksaan perkara di Pengadilan.

Suami dari dr. Hj. Septy Zahrawi Kirana dan ayah dari Zahra Nafika Hakim, Ghifari Khalifa Hakim dan Muhammad Haidar Hakim ini juga aktif di beberapa organisasi, antara lain: Wakil Ketua Umum Ikatan Alumni Fakultas Hukum (IKALUM) FH-UMJ, Perhimpunan Advokat Indonesia (PERADI), Asosiasi Kekayaan Hak Intelektual Indonesia (AKHKI), Lembaga Pemberdayaan Hukum Indonesia (LPHI) dan Kabid Keorganisasian di Masyarakat Hukum Pidana dan Kriminologi Indonesia (MAHUPIKI) DKI Jakarta.

Adapun tulisan-tulisan dari Lukman Hakim yang telah terpublikasi, baik dalam bentuk penelitian, pengabdian kepada masyarakat, jurnal dan buku, antara lain:

- Penelitian dan Pengabdian Kepada Masyarakat:
 1. Tindak Pidana Perdagangan Orang (*Human Trafficking*) dalam Perspektif Kriminologi dan Hukum Acara Pidana (2017);
 2. "*Human Trafficking in Indonesia: A Trend Analysis*". A Collaborative Research of University of Mindanao-College of Criminal Justice Education and Fakultas Hukum Universitas Bhayangkara Jakarta Raya (2018);
 3. Mekanisme Pengajuan Hak Restitusi Bagi Korban Tindak Pidana Perdagangan Orang di Desa Kopo, Jawa Barat (2017);
 4. Pemahaman Siswa SMA tentang *Cyberbullying* dalam Perspektif Hukum Pidana di SMAN 46 Jakarta (2019).

- Jurnal:
 1. Mekanisme Pengajuan Hak Restitusi bagi Korban Tindak Pidana Perdagangan Orang di Jurnal Hukum "SASANA" (2017);
 2. Analisis Kritis Terhadap Kebijakan Pemerintahan Jokowi-JK di Bidang Penegakan Hukum Menurut Teori Friedman di Jurnal Hukum "SASANA" (2017);
 3. Implementasi Teori Dualistis Hukum Pidana di dalam Rancangan Kitab Undang-undang Hukum Pidana di Jurnal Analisa Fenomena Hukum "KRTHA BHAYANGKARA" (2019);
 4. Analisis Ketidakefektifan Prosedur Penyelesaian Hak Restitusi bagi Korban Tindak Pidana Perdagangan Manusia (*Trafficking*) di Jurnal ABDIMAS UBJ (2019);
 5. *The Concept of Rechterlijk Pardon As A Critique On The Effectiveness of Improsenment in Indonesia* di South East Asia Journal of Business Economics and Law (SEAJBEL) (Index: Google Scholar) (2019);
 6. *Critical Analysis of Overcriminalization Symptoms of Defamation Through Electronic Media* di STUDIA HUMANITATIS (Index: DOAJ, Copernicus) (2019).
- Buku:
 1. Tindak Pidana Dalam Bisnis Asuransi, Penerbit LPHI (2006);
 2. Penerapan Konsep Pemaafan Hakim (*Rechterlijk Pardon*) dalam Sistem Peradilan Pidana di Indonesia: Optimalisasi Teori Dualistis dalam Sistem Pemidanaan, Penerbit Graha Ilmu (2020);
 3. Monograf: Penerapan Konsep "*Plea Bargaining*" dalam Rancangan Kitab Undang-undang Hukum Acara Pidana (RKUHAP) dan Manfaatnya bagi Sistem Peradilan Pidana di Indonesia, Penerbit Deepublish (2020);
 4. Buku Referensi: Penerapan dan Implementasi "Tujuan Pemidanaan" dalam Rancangan Kitab Undang-undang Hukum Pidana (RKUHP), Penerbit Deepublish (2020).

Buku Ajar_Asas-Asas Hukum Pidana

ORIGINALITY REPORT

9%

SIMILARITY INDEX

0%

INTERNET SOURCES

7%

PUBLICATIONS

5%

STUDENT PAPERS

PRIMARY SOURCES

1

Nenden Herawaty Suleman. "Perlindungan Saksi Dan Korban", Jurnal Ilmiah Al-Syir'ah, 2016

Publication

5%

2

Jurna Petri Roszi. "Problematisa Penerapan Sanksi Pidana dalam Perkawinan Terhadap Poligami Ilegal", Al-Istinbath : Jurnal Hukum Islam, 2018

Publication

2%

3

Submitted to Universitas Islam Indonesia

Student Paper

2%

Exclude quotes Off

Exclude bibliography On

Exclude matches Off

Buku Ajar_Asas-Asas Hukum Pidana

GRADEMARK REPORT

FINAL GRADE

/100

GENERAL COMMENTS

Instructor

PAGE 1

PAGE 2

PAGE 3

PAGE 4

PAGE 5

PAGE 6

PAGE 7

PAGE 8

PAGE 9

PAGE 10

PAGE 11

PAGE 12

PAGE 13

PAGE 14

PAGE 15

PAGE 16

PAGE 17

PAGE 18

PAGE 19

PAGE 20

PAGE 21

PAGE 22

PAGE 23

PAGE 24

PAGE 25

PAGE 26

PAGE 27

PAGE 28

PAGE 29

PAGE 30

PAGE 31

PAGE 32

PAGE 33

PAGE 34

PAGE 35

PAGE 36

PAGE 37

PAGE 38

PAGE 39

PAGE 40

PAGE 41

PAGE 42

PAGE 43

PAGE 44

PAGE 45

PAGE 46

PAGE 47

PAGE 48

PAGE 49

PAGE 50

PAGE 51

PAGE 52

PAGE 53

PAGE 54

PAGE 55

PAGE 56

PAGE 57

PAGE 58

PAGE 59

PAGE 60

PAGE 61

PAGE 62

PAGE 63

PAGE 64

PAGE 65

PAGE 66

PAGE 67

PAGE 68

PAGE 69

PAGE 70

PAGE 71

PAGE 72

PAGE 73

PAGE 74

PAGE 75

PAGE 76

PAGE 77

PAGE 78

PAGE 79

PAGE 80

PAGE 81

PAGE 82

PAGE 83

PAGE 84

PAGE 85

PAGE 86

PAGE 87

PAGE 88

PAGE 89

PAGE 90

PAGE 91

PAGE 92

PAGE 93

PAGE 94

PAGE 95

PAGE 96

PAGE 97

PAGE 98

PAGE 99

PAGE 100

PAGE 101

PAGE 102

PAGE 103

PAGE 104

PAGE 105

PAGE 106

PAGE 107

PAGE 108

PAGE 109

PAGE 110

PAGE 111

PAGE 112

PAGE 113

PAGE 114

PAGE 115

PAGE 116

PAGE 117

PAGE 118

PAGE 119

PAGE 120

PAGE 121

PAGE 122

PAGE 123

PAGE 124

PAGE 125

PAGE 126

PAGE 127

PAGE 128

PAGE 129

PAGE 130

PAGE 131

PAGE 132

PAGE 133
